Heft 7 [473] 64. Jahrgang 16. Februar 1935

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen und des Reichs-Rechtsamts der NSDAP., Amt für Rechtsbetreuung des Deutschen Volkes

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raeke**, M. d. R., unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates: Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Mößmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.; **Wilh. Scholz**, Berlin, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Strafrechts in der 2. Hälfte 1934

Als Folge der Aufsatzreihe JW. 1934, 257, 454, 725 u. 2002

Von Generalstaatsanwalt i. R. Dr. Schneider-Neuenburg, Düsseldorf

Wie die erste Hälfte, so zeigt auch die zweite Hälfte des Jahres 1934 einen weiteren Ausbau des Strafrechts auf allen seinen Gebieten.

I.

Für das Gebiet der Gerichtsverfassung kommen das Ges. zur Änderung des GVG. v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1233), das Ges. zur Änderung des MilStGB. und der MilStGO. v. 23. Nov. 1934 (RGBl. I, 1165) und die VO. der RReg. über die Zuständigkeit der Sondergerichte v. 20. Dez. 1934 (RGBl. 1935, I, 4) in Betracht.

Das erstere Gesetz enthält zunächst in Ziff. 1 eine anderweitige Fassung der bisherigen Bestimmungen der §§ 18, 19 GVG. über die Befreiung der sog. exterritorialen Personen von der inländischen Gerichtsbarkeit. Nach § 18 n. F. Abs. 1 erstreckt sich die deutsche Gerichtsbarkeit nicht auf die Leiter und Mitglieder der der bei dem Deutschen Reiche beglaubigten diplomatischen Vertretungen, ebenso nicht auf andere Personen, die nach den allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts oder nach einem Staatsvertrag von der deutschen Gerichtsbarkeit befreit sind. Diese Bestimmungen finden nach Abs. 2 auch Anwendung auf die den Hausstand teilenden Familienmitglieder und das Geschäftspersonal der vorstehend näher bezeichneten Personen, es sei denn, daß die Befreiung von der deutschen Gerichtsbarkeit nach einer im RGBl. veröffentlichten Bekanntmachung der RReg. nicht gewährt wird. Ferner gilt nach Abs. 3 die Vorschrift des Abs. 2 auch für die nicht deutschen Bediensteten der in Abs. 1 bezeichneten Personen. Besitzt indes eine der in § 18 n. F. Abs. 1 und 2 genannten Personen die Reichsangehörigkeit, so tritt nach § 19 n. F. Abs. 1 eine Befreiung von der deutschen Gerichtsbarkeit für sie nur dann ein, wenn das Reich sich der Gerichtsbarkeit über sie durch eine Verfügung der RReg. begeben hat. Sodann stellt Ziff. 2 die frühere, durch Art. II § 3 Abs. 2 des Ges. betreffend die Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit v. 17. Aug. 1920 (RGBl. 1579) aufgehobene Bestimmung der damaligen Ziff. 9 des § 34 GVG. wieder her, wonach dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärpersonen nicht zum Amte eines Schöffen berufen werden sollen. Nach der nunmehr als Ziff. 8 dem genannten § 34 hinzugefügten Bestimmung sollen zum Amte eines Schöffen ferner nicht berufen werden „Wehrmachtsangehörige (Soldaten, Militär- und Zivilbeamte der Wehrmacht), sowie Angestellte der Wehrmacht, die nach § 40a WehrG. den für Soldaten geltenden gesetzlichen Bestimmungen ganz oder teilweise unterstellt sind". Ziff. 3 bringt sodann eine Abänderung der bisherigen Vorschriften des § 40 Abs. 3 u. 4 GVG. über die Bildung des Ausschusses. Nunmehr werden die Vertrauenspersonen nicht mehr wie bisher nach § 40 Abs. 3 aus den Einwohnern des Amtsgerichtsbezirks gewählt, sondern vom Amtsrichter ernannt, der dazu vornehmlich die Vorsteher der Gemeinden und der Gemeindeverbände seines Bezirks oder ihre Vertreter bestimmt. Er bestimmt ferner dazu den Kreisleiter der NSDAP. seines Bezirks oder dessen Vertreter. Eine besondere Bestimmung enthält das Gesetz, wenn der Amtsgerichtsbezirk mehrere Kreise der NSDAP. umfaßt; in einem solchen Falle schlägt der Gauleiter den vom Amtsrichter zu bestimmenden Kreisleiter vor. Somit ist nunmehr die bisherige Wahl des Ausschusses autoritär gestaltet und werden damit Unzuträglichkeiten, wie sie bisher bei der Auswahl der Schöffen und Geschworenen zutage getreten sind, unmöglich gemacht. Endlich enthält das Gesetz in Ziff. 5 noch eine anderweitige Fassung des § 162 GVG., der sich mit der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe befaßte, wenn der Verurteilte sich in einem anderen Lande befand als in dem, von dessen Gerichte die zu vollstreckende Strafe erkannt war, und der bestimmte, daß eine Freiheitsstrafe, die die Dauer von sechs Wochen nicht übersteigt, in dem Lande zu vollstrecken ist, in dem sich der Verurteilte befindet. Nunmehr bestimmt § 162 GVG. in seiner neuen Fassung lediglich, daß, falls ein zu Freiheitsstrafe Verurteilter sich außerhalb des Bezirks der Strafvollstreckungsbehörde aufhält, diese Behörde die StA. des LG., in dessen Bezirk sich der Verurteilte befindet, um Vollstreckung der Strafe ersuchen kann.

Das am 1. Dez. 1934 in Kraft getretene Ges. zur Änderung des MilStGB. und der MilStGO. v. 23. Nov. 1934 (RGBl. I, 1165) enthält sodann in § 2 die sehr wesentliche Bestimmung, wonach in Strafsachen, in denen der Volks-

gerichtshof nach den Gesetzen in erster und zweiter Instanz zuständig ist, diese Zuständigkeit, soweit nicht das mobile Verfahren Platz greift, auch für die sonst der Militärgerichtsbarkeit Unterworfenen bestehen bleibt. Indes ist eine Abgabe solcher Sachen an die StA. bei dem OLG. oder eine Überweisung an das OLG. ausdrücklich als unzulässig erklärt. — Die VO. der RReg. v. 20. Dez. 1934 (RGBl. 1935, I, 4) enthält sodann eine Ausdehnung der Zuständigkeit der nach der VO. der RReg. v. 21. März 1933 (RGBl. I, 136) gebildeten Sondergerichte, auf die noch besonders zurückzukommen sein wird.

II.

Was das sachliche Strafrecht anbelangt, so ist hier zunächst das Ges. über die Maßnahmen der Staatsnotwehr vom 3. Juli 1934 (RGBl. I, 529) zu erwähnen, das in seinem einzigen Artikel besagt: „die zur Niederschlagung hoch- und landesverräterischer Angriffe am 30. Juni, 1. und 2. Juli 1934 vollzogenen Maßnahmen sind als Staatsnotwehr rechtens." Das Gesetz enthält somit keine Aufstellung und Umschreibung eines neuen Begriffes der Staatsnotwehr, sondern ist rein deklaratorischer Natur. Zu seiner Bedeutung und seiner Entstehungsgeschichte schreibt Staatssekretär Dr. Freisler in der Deutschen Justiz 1934, 850: „Niemandem kann es in irgendwelchem Augenblicke zweifelhaft gewesen sein, daß das, was der Führer in diesen zwei Tagen geleistet hat, die rettende Tat, die Verwirklichung des höchsten Rechtes und der höchsten Pflicht ist, der Pflicht und des Rechtes, das Leben der Nation zu schützen und zu sichern, und wenn der RJM. Dr. Gürtner das in der Reichskabinettssitzung v. 3. Juli 1934 hervorgehoben hat, so hat er damit einem der unbestrittensten Rechtssätze Ausdruck gegeben, wie ihn auch das in seiner schlichten Einfachheit jedem Volksgenossen verständliche, am 3. Juli 1934 beschlossene Reichsgesetz zum Ausdruck bringt." Soweit das Problem des Staatsnotstandes in Frage kommt, hatte hierzu sowohl de lege lata, wie de lege ferenda Professor Dr. Schmidt in der Tagung der internat. kriminalistischen Vereinigung Deutsche Landesgruppe in Essen, Pfingsten 1931, sich eingehend verbreitet, worauf hier aber nicht näher eingegangen werden kann.

Von großer Bedeutung ist sodann das Ges. gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutze von Parteiuniformen v. 20. Dez. 1934 (RGBl. I, 1269) in Verbindung mit der VO. der RReg. über die Zuständigkeit der Sondergerichte v. 20. Dez. 1934 (RGBl. 1935, I, 4), das an die Stelle der bisherigen VO. des RPräs. zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung v. 21. März 1933 (RGBl. I, 135) getreten ist. Das Gesetz übernimmt einen Teil der Bestimmungen der genannten VO., paßt sie aber den inzwischen eingetretenen tatsächlichen Verhältnissen an; es beseitigt ferner eine Reihe von Zweifelsfragen, die auch bereits das RG. beschäftigt hatten (vgl. meine Ausführungen: JW. 1934, 3244 zu II), und enthält endlich weiterhin auch neue Vorschriften. In § 1, der dem § 3 der bisherigen VO. entspricht, wird demjenigen, der vorsätzlich eine unwahre oder gröblich entstellte Behauptung tatsächlicher Art aufstellt oder verbreitet, die geeignet ist das Wohl des Reiches oder das Ansehen der RReg. oder NSDAP. oder ihrer Gliederungen schwer zu schädigen, soweit nicht in anderen Vorschriften eine schwerere Strafe angedroht ist, eine Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren angedroht, die in dem Falle, daß die Behauptung öffentlich aufgestellt oder verbreitet ist, nicht unter drei Monaten bestehen darf. Hier tritt sofort ein Unterschied in der Fassung des neuen § 1 gegenüber der des alten § 3 in die Erscheinung, als in dem neuen § 1 von einer schweren Schädigung des Wohles „eines Landes" oder einer „Landesregierung" nicht mehr die Rede ist und weiterhin als an Stelle einer schweren Schädigung des Wohles „der hinter diesen Regierungen stehenden Parteien oder Verbände" nunmehr eine solche der „NSDAP. oder ihrer Gliederungen" getreten ist. Ziff. 2 der VO., die die Verhängung einer Zuchthausstrafe ermöglichte, falls durch die Tat ein schwererer Schaden für das Reich oder ein Land entstanden ist, ist nicht wiederholt worden. Dagegen ist die bisherige Bestimmung der Ziff. 3 der VO., die eine geringere Bestrafung zuläßt, falls die Tat grob fahrlässig begangen ist, nämlich — Gefängnis bis zu drei Monaten oder Geldstrafe — als Ziff. 2 in das neue Gesetz übergegangen. Als Ziff. 3 ist sodann dem § 1 die neue Bestimmung hinzugefügt worden, daß, falls die Tat sich ausschließlich gegen das Ansehen der NSDAP. oder deren Gliederungen richtet, sie nur mit Zustimmung des Stellvertreters des Führers oder der von ihm bestimmten Stelle verfolgt werden darf. Hierdurch ist die Möglichkeit gegeben, daß leichtere Fälle, an deren Verfolgung die Partei kein Interesse hat, nicht verfolgt werden und somit straflos bleiben. Neu gegenüber der bisherigen VO. ist die Vorschrift des § 2 des Ges., die denjenigen mit Gefängnis bedroht, der öffentlich gehässige hetzerische oder von niedriger Gesinnung zeugende Äußerungen über leitende Persönlichkeiten des Staates oder der NSDAP. über ihre Anordnungen oder die von ihnen geschaffenen Einrichtungen macht, die geeignet sind, das Vertrauen des Volkes zur politischen Führung zu untergraben. Hierbei werden den öffentlichen Äußerungen nicht öffentliche böswillige Äußerungen gleichgestellt, wenn der Täter damit rechnet oder damit rechnen muß, daß die Äußerungen in die Öffentlichkeit dringen werden. Daß hierdurch eine ganz andere Ahndung solcher Taten ermöglicht wird, als dies bisher nach Vorschriften anderer Gesetze unter bestimmten Voraussetzungen möglich war, liegt auf der Hand. Indes soll nach Ziff. 3 die Tat nur auf Anordnung des RJM. verfolgt werden, der, wenn die Tat sich gegen eine leitende Persönlichkeit der NSDAP. richtet, die Anordnung zur Strafverfolgung nur im Einvernehmen mit dem Stellvertreter des Führers treffen darf. Hieraus ergibt sich somit, daß nicht jede Äußerung, die an sich den Tatbestand der Vorschrift erfüllt, verfolgt werden soll. Dies hat auch der R.u.PrJM. bereits in seiner AllgVfg. v. 28. Dez. 1934, IIa 25417: Deutsche Justiz 1935, 7 zum Ausdruck gebracht und hierbei auf die Begründung des Gesetzes hingewiesen, die hervorhebt, daß die Verfolgung, um die neue Waffe im Kampfe gegen die Staatsfeinde nicht abzustumpfen, im allgemeinen nur eintreten soll, wenn die Straflosigkeit der Tat im Interesse des Gemeinwohls und des Ansehens von Staat und Partei nicht tragbar wäre. In anderen Fällen ist, wie der R.u.PrJM. weiter betont, der „nationalsozialistische Staat stark genug, über törichtes Gerede von Nörglern und Besserwissern hinwegsehen zu können". Der R.u.PrJM. macht sodann auf den ausdrücklichen Willen des Führers aufmerksam, daß sich kein verächtliches Denunziantentum auf dem Boden dieser Bestimmungen entwickeln soll. Weiter enthält diese AllgVfg. eingehende Bestimmungen für eine an den R.u.PrJM. zu erfolgende Berichterstattung in allen Strafverfahren, die auf Grund des Gesetzes eingeleitet werden. §§ 3, 4 u. 5 des neuen Ges. treten an Stelle der §§ 1 u. 2 der bisherigen VO., die durch sie nicht nur eine andere Fassung, sondern auch eine wesentliche Ergänzung erfahren. § 3 des Ges., der den bisherigen § 2 der VO. ersetzt, bedroht in seiner Ziff. 1 denjenigen, der bei Begehung oder Androhung einer strafbaren Handlung eine Uniform oder ein Abzeichen der NSDAP. oder ihrer Gliederungen trägt oder mit sich führt, ohne dazu als Mitglied der NSDAP. oder ihrer Gliederungen berechtigt zu sein, mit Zuchthaus, in leichteren Fällen mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten. Hier tritt eine bedeutsame Änderung gegenüber dem § 2 Abs. 1 der bisherigen VO. zutage, der nicht von strafbaren Handlungen allgemein, sondern von solchen „gegen Personen oder Sachen" spricht. Diese Abgrenzung der strafbaren Handlungen hat zu erheblichen Zweifeln geführt, die auch bereits Gegenstand der Entscheidung des RG. 68, 158 N. 42 = JW. 1934, 1726 geworden sind und die nunmehr beseitigt sind (vgl. hierzu JW. 1934, 1726, 3244 zu II). Eine weitere Änderung gegenüber dem § 2 Abs. 1 i. Verb. m. § 1 Abs. 2 der bisherigen VO. liegt ferner darin, daß § 3 Abs. 1 des jetzigen Ges. von Uniformen und Abzeichen der NSDAP. spricht, während bisher von „Uniform oder Abzeichen eines hinter der Regierung der nationalen Erhebung stehenden Verbandes" die Rede war. Bei dieser Fassung waren erhebliche Zweifel entstanden, ob die NSDAP. selbst als ein „Verband" im Sinne dieser Gesetzesbestimmung anzusehen sei. Auch diese Zweifel, die nunmehr ebenfalls behoben sind, sind Gegenstand der schon genannten

Entscheidung RG. 68, 158 geworden (vgl. auch hierzu JW. 1934, 3244 zu II). Zu erwähnen ist weiterhin noch, daß nach § 2 der bisherigen VO. eine geringere Bestrafung beim Vorliegen „mildernder Umstände" zugelassen war; nach § 3 des neuen Ges. tritt die geringere Bestrafung — Gefängnis nicht unter sechs Monaten — in „leichteren Fällen" ein. Der Ausdruck „mildernde Umstände" ist somit hier durch den der „leichteren Fälle" ersetzt. Wie bereits § 2 Ziff. 2 der bisherigen VO., so enthält auch § 3 Ziff. 2 des neuen Ges. eine schärfere Strafandrohung, nämlich Zuchthaus nicht unter drei Jahren oder lebenslängliches Zuchthaus, wenn die Tat in der Absicht begangen ist, einen Aufruhr oder in der Bevölkerung Angst oder Schrecken zu erregen oder dem Deutschen Reiche außenpolitische Schwierigkeiten zu bereiten. In besonders schweren Fällen kann sogar auf Todesstrafe erkannt werden. In gleicher Weise wie § 2 Ziff. 3 der bisherigen VO. läßt § 3 Ziff. 3 des neuen Ges. die Verfolgung eines Deutschen nach diesen Vorschriften auch dann zu, wenn er die Tat im Auslande begangen hat. Neu in das Gesetz sind aufgenommen die Bestimmungen der §§ 4 u. 5. § 4 bedroht denjenigen mit Gefängnis bis zu einem Jahre und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen, der seines Vorteils wegen oder in der Absicht, einen politischen Zweck zu erreichen, sich als Mitglied der NSDAP. oder ihrer Gliederungen ausgibt. Die Tat kann aber nur mit Zustimmung des Stellvertreters des Führers oder der von ihm bestimmten Stelle verfolgt werden. Nach § 5 soll derjenige mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft werden, der parteiamtliche Uniformen, Uniformteile, Gewebe, Fahnen oder Abzeichen der NSDAP., ihrer Gliederungen oder der ihr angeschlossenen Verbände ohne Erlaubnis des Reichsschatzmeisters der NSDAP. gewerbsmäßig herstellt, vorrätig hält, feil bietet oder sonst in Verkehr bringt [1]). In Ziff. 2 des § 5 sind die Bestimmungen des § 1 Ziff. 1 u. 2 der bisherigen VO. zusammengefaßt, indes mit einigen wesentlichen Änderungen. Zunächst ist in § 5 Ziff. 2, wie ebenso schon in dem bereits erörterten § 3 nicht mehr, wie in § 1 Ziff. 1 u. 2 und in § 2 der bisherigen VO. von einer Uniform eines hinter der Regierung der nationalen Erhebung stehenden Verbandes und von einem die Mitgliedschaft kennzeichnenden Abzeichen eines derartigen Verbandes die Rede, sondern einfach von parteiamtlichen Uniformen und Abzeichen. Es treffen daher auch hier die gleichen Ausführungen, wie oben zu § 3 Abs. 1, zu. Ferner ist bereits das in „Besitz haben" eines solchen Abzeichens unter Strafe gestellt, während in Ziff. 2 des § 1 der bisherigen VO. nur das Tragen eines solchen Abzeichens unter Strafe gestellt war. Sodann sind in Ziff. 3 des § 5 den parteiamtlichen Uniformen, Uniformteilen und Abzeichen solche Uniformen, Uniformteile und Abzeichen gleichgestellt, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind. Offenbar hat zu dieser Bestimmung der der mehrfach schon erwähnten Entscheidung RG. 68, 158 zugrunde liegende Fall geführt, der die Frage aufgeworfen hatte, ob das unbefugte Tragen einer verkleinerten Nachbildung des Hoheitszeichens der Partei strafbar sei. Die Ausführung der genannten Entscheidung gipfelte in dem Satze: „entscheidend ist, ob das Abzeichen so beschaffen ist, daß es von Dritten für ein amtliches Abzeichen gehalten werden kann." Im einzelnen kann auch diesbezüglich auf die Ausführungen: JW. 1934, 3244 zu II Bezug genommen werden. Neu sind weiterhin in das Gesetz aufgenommen die Bestimmungen der Ziff. 4, 5 u. 6, wonach neben der Strafe auf Einziehung der Uniformen, Uniformteile, Gewebe, Fahnen und Abzeichen, auf die sich die strafbare Handlung bezieht, zu erkennen ist, und daß, falls keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden kann, auf die Einziehung selbständig zu erkennen ist, wenn im übrigen die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Es handelt sich hierbei um eine „Muß-, nicht um eine Kann-Vorschrift", indes findet nach Ziff. 6 die Verfolgung der Tat und die selbständige Einziehung nur mit Zustimmung des Stellvertreters des Führers oder der von ihm bestimmten Stelle statt. § 6 des Ges. bestimmt dann noch, wie bereits § 4 der bisherigen VO., daß im Sinne dieser Vorschriften nicht als Mitglied der NSDAP., ihrer Gliederungen oder der ihr angeschlossenen Verbände gilt, wer die Mitgliedschaft erschlichen hat. Nach § 8 endlich gelten die Vorschriften des Gesetzes, mit Ausnahme der des § 5 Abs. 1, sinngemäß für den Reichsluftschutzbund, den Deutschen Luftsportverband, den freiwilligen Arbeitsdienst und die technische Nothilfe. § 5 Abs. 1 trat am 1. Febr. 1935 in Kraft; die übrigen Bestimmungen sind bereits am Tage nach der Verkündigung in Kraft getreten. Gleichzeitig treten die VO. zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung v. 21. März 1933 (RGBl. I, 135) sowie Art. 1 des Ges. über die Reichsluftfahrtverwaltung v. 15. Dez. 1933 (RGBl. I, 1077) außer Kraft. Zur Aburteilung der in Art. 1 u. 2 dieses Ges. bezeichneten Verbrechen und Vergehen sind nach der oben bereits erwähnten VO. der RReg. v. 20. Dez. 1934 (RGBl. 1935, I, 4) die nach der VO. der RReg. vom 21. März 1933 (RGBl. I, 136) gebildeten Sondergerichte zuständig, soweit nicht die Zuständigkeit des Volksgerichtshofs oder der OLG. begründet ist. Das sachliche Strafrecht wird endlich noch durch das hinsichtlich eines Teiles seiner Vorschriften bereits mit dem Tage seiner Verkündigung in Kraft getretene, hinsichtlich seiner übrigen Vorschriften am 1. April 1935 in Kraft tretende RJagdG. v. 3. Juli 1934 (RGBl. I, 549) berührt. § 2 Abs. 2 EGStGB. v. 31. Mai 1870 (RGBl. 195) hatte die besonderen Vorschriften des Reichs- und Landesstrafrechts, vornehmlich über strafbare Handlungen unter anderem der Jagdgesetze, in Kraft belassen; diese Bestimmung ist aber nunmehr, ebenso wie alle die Jagd betreffenden Landesgesetze, durch § 71 Ziff. 2 N. 3 u. 4 des oben genannten RJagdG. aufgehoben worden. Weiterhin droht das RJagdG. in seinem 11. Abschnitt in §§ 60 f. für eine Reihe von Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften Gefängnis-, Geld- oder Haftstrafen an; es läßt in bestimmten Fällen neben der Strafe die Einziehung gefangener oder erlegter Tiere zu und erklärt es für zulässig, daß, wenn keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden kann, auf die Einziehung selbständig erkannt werden kann, wenn im übrigen die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Auch kann unter bestimmten Voraussetzungen die Entziehung des Jagdscheines ausgesprochen werden. Im einzelnen kann aber, da es sich bei diesem Gesetz um ein nicht unmittelbar dem Strafrechte zugehörendes Gesetz handelt, hierauf im Rahmen der vorstehenden Abhandlung nicht näher eingegangen werden.

III.

Auf dem Gebiete der Strafvollstreckung ist das aus Anlaß der Vereinigung des Amtes des RPräs. mit dem des Reichskanzlers ergangenen Ges. über die Gewährung von Straffreiheit v. 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769) zu erwähnen. Nach diesem Gesetz werden unter genau bestimmten Voraussetzungen sowohl rechtskräftig erkannte Geld- und Freiheitsstrafe erlassen (§ 1) als auch anhängige Verfahren eingestellt (§ 2). Auch wird unter besonderen Voraussetzungen Straffreiheit gewährt, (§ 3), soweit nicht bestimmte Straftaten von der Straffreiheit ausgeschlossen sind. Zu diesen Straftaten gehören nach § 6 Hoch- und Landesverrat, Verrat militärischer Geheimnisse, Verbrechen gegen das Leben, schwerer Raub und schwere räuberische Erpressung, Sprengstoffverbrechen, wenn durch die Tat ein Mensch getötet oder verletzt worden ist, endlich Handlungen, bei denen die Art der Ausführung oder die Beweggründe eine gemeine Gesinnung des Täters erkennen lassen. Der Straferlaß erstreckt sich nach § 7 u. a. auf Nebenstrafen und Sicherungsmaßnahmen, soweit sie noch nicht vollstreckt sind, sowie auf gesetzliche Nebenfolgen. Ist dagegen auf Einziehung oder Unbrauchbarmachung erkannt, so behält es dabei sein Bewenden. Über die Einstellung anhängiger Verfahren entscheidet auf Antrag der Beteiligten das Gericht, gegen dessen Beschluß sofort die Beschwerde zulässig ist (§ 10). In §§ 8 u. 9 enthält das Gesetz noch nähere Bestimmungen auch hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichts zu gerichtlichen Entscheidungen nach § 458 StPO., sofern es sich um eine Gesamtstrafe handelt

[1]) Zu dieser Vorschrift ist inzwischen die Bek. v. 16. Jan. 1935 (RGBl. I, 70) ergangen, die die Uniformteile und Gewebe, für die es einer Erlaubnis bedarf, näher bezeichnet.

und wenn Zweifel hinsichtlich der Erstreckung des Straferlasses nach § 7 bestehen (§ 9 Ziff. 2). Das Gesetz ist bereits mit dem auf die Verkündigung folgenden Tage in Kraft getreten.

Verzeichnis der zu vorstehender Abhandlung herangezogenen Gesetze und Verordnungen

1. Ges. über die Maßnahmen der Staatsnotwehr v. 3. Juli 1934 (RGBl. I, 529).
2. RJagdG. v. 3. Juli 1934 (RGBl. I, 549).
3. Ges. über die Gewährung von Straffreiheit v. 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769).
4. Ges. zur Änderung des MilStGB. und der MilStGO. v. 23. Nov. 1934 (RGBl. I, 1165).
5. Ges. zur Änderung des GVG. v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1229).
6. Ges. gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutze der Parteiuniformen v. 20. Dez. 1934 (RGBl. I, 1269).
7. VO. der RReg. über die Zuständigkeit der Sondergerichte v. 20. Dez. 1934 (RGBl. 1935, I, 4).
8. AllgVfg. des R.u.PrJM. v. 28. Dez. 1934, IIa 25417: Deutsche Justiz 1935, 7.
9. Bek. gem. Art. 1 § 5 Ges. gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutze der Parteiuniformen v. 20. Dez. 1934 (RGBl. I, 1269) und v. 16. Jan. 1935 (RGBl. I, 70).

„Münzfernsprecherbetrug"?

Von Reichsgerichtsrat Dr. A. Zeiler, Leipzig

Gewiß, der Laie sieht darin einen Betrug. Der Laie hält auch die zu niedrige Steuererklärung für einen Betrug, wenn er zufällig nicht gerade selbst der Sünder ist. Aber für den Juristen ist damit die Lösung noch nicht gegeben.

1. Daß das Rechtsgefühl eine Bestrafung jener unehrlichen Benutzung des Münzfernsprechers fordert, ist freilich sicher. Aber für zweifelsfrei halte ich auch, daß beim Münzfernsprecher mit Wählbetrieb der § 263 StGB. jedenfalls nicht unmittelbar angewandt werden kann. Denn der Betrugstatbestand setzt die wirkliche Täuschung eines andern voraus und eine von ihm infolge des Irrtums getroffene Vermögensverfügung (vgl. darüber RGSt. 42, 41). Daran fehlt es. Es könnte sich also nur darum handeln, ob nicht hier der Begriff des Betrugs sinngemäß (analog) heranzuziehen wäre. Ob trotz des Fehlens einer Täuschung und einer dadurch bewirkten Vermögensverfügung § 263 wenigstens sinngemäß angewandt werden könne, wird in dem bekannten Urteil des RG. (RGSt. 68, 65 = JW. 1934, 1241) nicht erörtert. Auch das LG. Berlin (JW. 1934, 2874) erwähnt diese Frage nicht. Das OLG. Kiel (JW. 1934, 2870) läßt sie ausdrücklich dahingestellt. (Was Schneider-Neuenburg: JW. 1934, 3243 Anm. 1 dazu bemerkt, ist irrig. Er selbst sähe in einer Verurteilung wegen Betrugs eine dem Rechtsbewußtsein des Volkes entsprechende Entscheidung.) Auch Matzke (JW. 1934, 1609) kommt nicht auf unmittelbarem Weg zur Annahme von Betrug. Er möchte aber das Strafgesetz analog anwenden, doch ist nicht ersichtlich, ob ihn dieser Weg gerade zur Annahme von Betrug führen würde. Neugebauer (JW. 1934, 2826) will die Frage dahingestellt lassen.

2. Soweit eine Anwendung des Betrugsparagraphen in Frage käme, weist Neugebauer auf die Unbegreiflichkeit hin, daß die mißbräuchliche Benutzung eines Münzfernsprechers mit Handbetrieb als Betrug strafbar sei, die eines solchen mit Wählbetrieb aber nicht.

Das wäre auch nach meiner Auffassung unerquicklich (obwohl die Rechtsanwendung, und nicht nur im Strafrecht, solche Unstimmigkeiten nicht gerade selten aufweist). Aber ich glaube, hier könnte der Fehler nach einer andern Richtung liegen, als wo ihn Neugebauer sieht. Auch bei der mißbräuchlichen Benutzung des Münzfernsprechers mit Handbetrieb scheint mir nämlich (obwohl das RG. in dem genannten Urteil die dahingehende Rechtsansicht des LG. gebilligt hat) die Annahme von Betrug keineswegs zweifelsfrei. Gewiß wird hier unter Verwendung der falschen Münze die Beamtin in Tätigkeit gesetzt, und sie wirkt nun dazu mit, daß das Gespräch zustande komme. Aber sie wird, man verzeihe das harte Wort, doch gewissermaßen nur mechanisch tätig, rein zur handwerklichen Abwicklung der Angelegenheit, die von dem unredlichen Benutzer — nur unter Verwendung der falschen Münze — genau ebenso eingeleitet worden ist, wie es von einem redlichen geschieht. Denkt die Beamtin dabei überhaupt daran, kann sie sich nach Lage der Sache darüber Gedanken machen, hat sie darüber zu wachen, in welcher Weise die Leitung zunächst einmal bis zu ihr hin vor sich gegangen ist, ob also nicht etwa der Jemand die Benutzung des Fernsprechers irgendwie erschlichen habe? Das Urteil des LG. Berlin III, das der Entscheidung in RGSt. 68, 65 zugrunde liegt, sagt freilich, soweit die Angekl. von einem Fernsprecher mit Handbetrieb aus gesprochen hätten, hätten sie „der Beamtin" auf deren Zahlungsaufforderung vorgespiegelt, daß sie eine Münze im Betrag der von der Post laut des Plakats am Fernsprecher geforderten Gesprächsgebühr von 10 Pfennig einwarfen, und die Beamtin habe auf Grund des hierdurch in ihr hervorgerufenen Irrtums die Verbindung hergestellt". Ob das wirklich den Tatsachen entspricht, scheint mir nicht sicher. Jedenfalls ist die Sachlage von der des Beamten an der Eisenbahnsperre grundverschieden: dieser prüft die ihm persönlich vorgezeigte Karte auf ihre Richtigkeit und läßt daraufhin bewußt den Vorzeiger durch die Sperre. Die Fernsprechbeamtin aber ist, wenn ich den Vorgang richtig sehe, schlechthin außerstande, die Ordnungsmäßigkeit der Benutzung des Geräts zu prüfen. Kann aber jemand in einen Irrtum versetzt werden, der gar keine Möglichkeit hat, die Wahrheit zu prüfen, und bei dem es daher allgemein durchaus müßig wäre, sich Gedanken über die Rechtsmäßigkeit des Hergangs zu machen? So betrachtet ist es, wenn man die rein handwerkliche Mitwirkung der Beamtin dazu heranzieht, den Betrugstatbestand zu begründen, kaum etwas Besseres als ein Notbehelf, mit dem man glaubt zu einer vom Rechtsgefühl geforderten Bestrafung eines Unredlichen gelangen zu können — ein Behelf, der dann aber eben beim Wählbetrieb wirklich nicht mehr geht, mag ein solcher Konstruktionsversuch auch noch weit über dem von Neugebauer am Schlusse seines Aufsatzes erwähnten sinnreichen Gedankenaufbau stehen.

Diese Betrachtung weckt mir die Erinnerung an einen Vergleichsfall auf einem ganz andern Gebiet. Durch seine Heranziehung heben wir zugleich die Frage auf eine sozusagen gemütreichere Stufe. Meine bayrische Heimat taucht auf. München. Hofbräuhaus. Keller. Oktoberfest. Aber ein altes Übel und ein ewiger Anlaß für das Kochen der bayrischen Volksseele war da immer das schlechte Einschenken des Biers. Natürlich ergab sich daraus der Ruf nach der rächenden Strafgewalt des Staates. Aber der Schenkkellner war schwer zu fassen. Ein eigener „Verein gegen das betrügerische Einschenken" tat sich auf. Man sieht, auch hier war der Laie schnell fertig mit der juristischen Einreihung des Verbrechens. Die Gerichte gingen schwer daran. Aber schließlich hat das BayObLG. (nachdem dem SchöffG. noch der Mut der Konstruktion gefehlt hatte) in seinem Urteil vom 22. Sept. 1900 jene Auffassung gebilligt, wie in BayObLGSt. I, 135 erbaulich zu lesen ist. Wie gesagt, Oktoberfest. Was das Urteil ausführt, ist dem Leben abgelauscht: wie der böse Schenkkellner zu Werke geht, wie er das Schäumen des Biers geflissentlich durch Kunstgriffe ausnutzt, wie er damit rechnet, daß die Gäste die Krüge als ordnungsmäßig gefüllt hinnehmen und „die geringe Füllung um so weniger entdecken

würden, als die Krüge undurchsichtig sind". Das letzte stimmt. Man kennt die bayrischen Maßkrüge. Den Gästen war also „mittels konkludenter Handlungen eine falsche Tatsache vorgespiegelt worden". Aber der juristische Aufbau hat erstens ein Loch. Durch den Maßkrug kann freilich keiner sehen. Aber man sieht und bläst oben hinein. Und das schlechte Einschenken war auch männiglich bekannt. Es mußte also einer schon ein „Preiß" oder bereits bei der sechsten Maß angelangt sein, wenn er das nicht merkte, wenn er überhaupt sollte getäuscht werden können. Und gar die zwei Kronzeugen jenes Falles: ein Bahnadjunkt und ein Kellner! Offenbar Sachkenner. Vielleicht Sendboten des besagten Vereins. Solche sehen auf den ersten Blick, ob der Krug sein volles Maß hat oder nur wenn's gut geht zu zwei Dritteln voll ist. In jenem Fall war er's kaum zur Hälfte. Das ist dann mindestens kein vollendeter Betrug. Es wird oft nicht einmal versuchter Betrug vorliegen, weil auch der Schenkkellner selbstverständlich weiß, daß er damit den Kunden nicht täuscht. In Wahrheit ist es so, daß der Schenkkellner nur deshalb schlecht einschenkte, weil er sich darauf verlassen durfte, daß selten einer den Mut finden würde, mit ihm anzubinden. Mit jenem Urteil des BayObLG. hatten denn auch die Freunde der vollen Maß noch keinen Endsieg errungen. Das LG. München I nämlich hat im Jahre 1910, also ausgerechnet ein Gericht in der klassischen Bierstadt, wo man die Sache versteht, und zehn Jahre nachdem die Autorität gesprochen hatte, das schlechte Einschenken des Maßkrugs für straflos erklärt — weil der Gast gar nicht getäuscht werde. Auf die Revision des Staatsanwalts hat freilich das RG. aufgehoben, in der neuen Verhandlung wurde der Angekl. verurteilt, und die nunmehr von ihm eingelegte Revision wurde verworfen (RG. 1 D 488/10 v. 3. Nov. 1910 und 1 D 517/11 v. 6. Juli 1911). Ohne Zweifel: Betrug oder wenigstens Betrugsversuch ist hier in der Tat möglich beim schlechten Einschenken des Maßkrugs. Das heißt, der Schenkkellner kann vermöge seiner in ernstem Streben erworbenen Gewandtheit dem Schaum ein Aussehen und eine Fülle geben, daß der Gast, wenn auch nicht über den Mangel an sich, so doch über dessen Maß getäuscht wird. So bedürfte es im einzelnen einer genauen Prüfung, ob es zur Täuschung gekommen ist oder nicht und was der Schenkkellner über ihren Eintritt dachte. Indessen, und damit kommen wir zu dem zweiten Loch: all das gilt nun eben doch bloß vom Maßkrug. Wir sehen hier wieder denselben Gedankenbruch wie beim „Münzfernsprecherbetrug": beim Bierglas geht es wirklich nicht mehr mit dem Betrug, obwohl das schlechte Einschenken auch hier ebenso beliebt war. Natürlich war es hier nicht auf Täuschung abgesehen, sondern, namentlich in den „feineren Lokalen", einfach darauf berechnet, daß der Gast „nicht so schundig sein werde", Fräulein Wally mit dem Glas zum Nachfüllen wegzuschicken.

Also, wie es damals beim schlechten Einschenken war, so jetzt beim Münzfernsprecherbetrug: beim Fehlen einer alle Fälle zweifelsfrei deckenden Strafvorschrift eine behelfsmäßige Heranziehung des Betrugsparagraphen, der nun aber, wenn's gut geht, zwar auf einen Teil der betroffenen Fälle paßt, nicht aber auf die übrigen.

3. Was dann weiter das in dem reichsgerichtlichen Urteil und vielfach im Schrifttum erörterte Gesetz über die Entwendung elektrischer Arbeit anlangt, so sind auch hier die Meinungen reichlich geteilt. Das LG. Berlin (JW. 1934, 2874) hält den Tatbestand des § 1 für unmittelbar gegeben: Münzfühlhebel + Münze + Nummernscheibe bilden zusammen den Leiter, die Münze ist also einer seiner Teile, und der unter Verwendung einer falschen Münze gebildete Leiter ist nicht zur ordnungsmäßigen Entnahme bestimmt. Das OLG. Kiel (JW. 2870) geht hier nicht mit. Denn der Strom geht nicht durch die Münze, und darum ist sie kein Leiter. Der in das Gerät eingebaute Stromkreis, dessen Schließung durch den Einwurf der Münze herbeigeführt wird, ist die Leitung. Aber diese wiederum ist in dem gegebenen Fall des Einwurfs einer falschen Münze nicht zur ordnungsmäßigen Entnahme der elektrischen Arbeit bestimmt. Neugebauer S. 2827 folgt dem Gedankengang des LG. Berlin. Matzke S. 1612 meint, eine Bestrafung nach dem § 1 „wäre noch zweifelhaft".

Ich glaube, wenigstens eine unmittelbare Anwendung des § 1 ist nicht möglich. Die Gesetzgebungsdrucksachen da, wo sie eindeutig klar sind, zur Auslegung des Gesetzesinhalts heranzuziehen, hat man immer für zulässig gehalten. Für zulässig und für geboten. Liest man aber jene Drucksachen, so war die Strafvorschrift, was ja auch durchaus mit dem Wortlaut des Gesetzes übereinstimmt, gegen den gerichtet, der irgendwie unredlicherweise die fremde Leitung anzapft, auf diese Weise „elektrische Arbeit" zu seiner Verfügung gewinnt, „sie sich zueignet". Die „elektrische Arbeit" ist gleichbedeutend verstanden worden mit elektrischer Energie, „Arbeit" ist hier nicht etwa gleich Arbeitserzeugnis (opus), sondern bedeutet die zur menschlichen Nutzung in den Stromkreis gebannte Naturkraft. Man hat mit Bewußtsein die weitere Fassung des englischen Gesetzes von 1882 abgelehnt, wonach wegen einfachen Diebstahls bestraft wird, wer rechtswidrig oder in betrügerischer Absicht „Elektrizität entzieht, vergeudet, ableitet, verbraucht oder gebraucht" (Bericht des Abgeordneten Dr. Esche in der ersten Lesung vom 27. Febr. 1900, ferner Gesetzesbegründung und Kommissionsbericht, Aktenstücke Nr. 612 und 671). Wird zum Beispiel eine Waage elektrisch betrieben, so arbeitet in ihr immer nur der „ordnungsmäßige Leiter", auch wenn die Waage durch einen ordnungswidrig herbeigeführten Anstoß in Tätigkeit gesetzt wird. Nicht anders der Münzfernsprecher. Wird die Waage dort, wird der Fernsprecher hier zum Arbeiten gebracht, so ist das zwar ein Gebrauch (ein Mißbrauch) der Einrichtung, aber es ist nicht „Zueignung elektrischer Kraft". Dabei halte ich es für gleichgültig, in welcher Weise gerade dieser oder jener Münzfernsprecher im einzelnen gebaut ist und zum Arbeiten gebracht wird. Wenn (wie in dem reichsgerichtlichen Fall vom LG. tatsächlich festgestellt wurde) durch die Schwere der eingeworfenen Münze „eine Sperre ausgelöst wird, die das Drehen der Nummernscheibe verhindert", so ist das eine mechanische Einrichtung, die bis dahin mit „elektrischer Arbeit" nichts zu tun hat. Und wenn (wie im Urteil des LG. Berlin gesagt wird) durch das Einwerfen der Münze der Münzfühlhebel in seiner Lage festgehalten und der Stromkreis dadurch freigegeben wird, so kann ich gegenüber jener ersten Darstellung auch mit Hilfe der Bemerkungen Neugebauers keinen Unterschied erkennen: die elektrische Arbeit beginnt eben erst, wenn durch das Einwerfen der Münze eine jener Arbeit entgegenstehende Hemmung beseitigt ist, und daß die Münze während des ganzen Vorgangs des Wählens nicht weggedacht werden kann, ist ohne Belang, weil das eben nur den mechanischen Vorgang betrifft. Indessen, all das ist, wie ich meine, überhaupt nicht entscheidend. Denn wenn selbst — was nach den übereinstimmenden Angaben nicht zutrifft — die Münze in der Weise wirksam würde, daß sie selbst, sich in eine Öffnung schmiegend, den Stromkreis schlösse, so wäre doch nicht sie ein Leiter, durch dessen ordnungswidrige Verwendung der Täter „sich elektrische Arbeit zueignete". Sondern es ist, mag die Einrichtung im einzelnen sein wie immer, im Ergebnis nicht anders, als wenn sonstwie durch einen Kniff, wie etwa durch Hineingreifen mit einem Drahthaken in den ordnungswidrig geöffneten Kasten des Geräts oder in anderer Weise, das Hindernis beseitigt und das Gerät zu der Leistung gebracht wird, die ihm bei ordnungsmäßiger Benützung eigen ist. Überall ist es nichts anderes, als daß das unpersönlich zur allgemeinen Benutzung bereitgestellte Gerät zu einer Leistung gebracht wird, ohne daß das dafür vorgesehene Entgelt entrichtet wird und als wäre das Entgelt entrichtet, beim Münzfernsprecher ebenso wie etwa bei einer Personenwaage, die durch einen Kunstgriff zum Ansprechen gebracht wird, gleichgültig dann, ob ihr Triebwerk etwas mit elektrischer Arbeit zu tun hat oder nicht.

4. Prüft man schließlich, ob nicht eine Bestrafung des „Münzfernsprecherbetrugs" auf Grund sinngemäßer Anwendung einer Strafvorschrift möglich wäre, so läßt sich hierüber schon eher reden.

Aber zunächst glaube ich nicht, daß die Rechtspre-

chung von der bisherigen Auslegung des § 2 Abs. 1 StGB. in einem entscheidenden Maße abgehen werde. Mag sich über die grundsätzliche Frage der Gesetzgeber schlüssig werden!

Auch für die Frage, wie weit es sich für diesen empfehle, dem Richter eine rechtsähnliche Anwendung von Strafgesetzen freizugeben, können nun aber gerade aus der Erörterung der Angelegenheit, die uns hier beschäftigt, einige Lehren gezogen werden.

Für die analoge Anwendung der Strafgesetze ist an sich nur ein bescheidener Raum. Denn die Hauptaufgabe wird schon dadurch gelöst, daß die im Gesetz ausdrücklich bestimmten Tatbestände nicht zu eng ausgelegt, daß insbesondere die Tatbestandsbegriffe weiter ausgedehnt werden bei Sachlagen, die aus einer Entwicklung, zum Beispiel des wirtschaftlichen Lebens, erwachsen sind. Das darf der Strafrichter von heute, und er verfährt auch danach. Zu erinnern ist z. B. an die in den letzten Jahren gegenüber dem alten § 266 Nr. 2 StGB. geschehene Ausweitung des Untreuebegriffs. Zu beachten ist allerdings hierbei, daß die Durchsetzung solcher neuen Gedanken nicht so einfach ist, zumal angesichts des dem RG. angelegten Hemmschuhs des § 137 GVG.

Auf der andern Seite aber ergibt sich eine Einengung des *Bedürfnisses* dadurch, daß schließlich nicht schon jedes einzelne Vorkommnis, das einen ärgert, darum *straf*würdig zu sein braucht. Und weiter erhebt sich die Frage, wie weit grundsätzlich gegenüber einem Gesetze, dessen Inhalt und Geltungsbereich an sich klar liegt, eine darüber hinausgehende Anwendung als zulässig erkannt werden kann; namentlich dann, wenn erkennbar oder gar ausgesprochenermaßen der Gesetzgeber die Vorschrift nur auf den bestimmt umschriebenen Geltungsbereich angewandt wissen wollte und eine Ausdehnung darüber hinaus bewußt abgelehnt hat. Soll dann eine bewußt mit diesem Willen des Gesetzgebers in Widerspruch tretende Ausweitung zulässig sein nach einem 35jährigen Bestand des Gesetzes — wie hier —? Oder nach zehn Jahren? Oder schon alsbald nach dessen Erlassung? Soll ferner die Ausweitung zulässig sein, auch ohne daß inzwischen die für die Beurteilung entscheidenden Verhältnisse wirtschaftlicher, gesellschaftlicher, technischer Art einen wesentlichen Wandel erfahren haben?

Soweit dann aber eine gesunde und kraftvolle Strafrechtspflege nötig machen möchte, dem Richter eine rechtsähnliche Anwendung von Strafvorschriften freizugeben, dürfen weiterhin die Schwierigkeiten nicht übersehen werden, die bei einer solchen Freiheit bestünden. Es ist freilich heute, wo vielfach der Kampf gegen den Satz nullum crimen, nulla poena sine lege mit Begeisterung geführt wird, keine dankbare Aufgabe, den Warner zu spielen. Aber es ist Pflicht.

Die rechtsähnliche Anwendung von Strafvorschriften wäre nach ihrem Wesen dem Richter des einzelnen Falles anzuvertrauen. Aber bekanntlich haben schon die Römer gesagt, quod capita tot sensus. Wir haben das beim Streit um die volle Maß gesehen, haben es gesehen bei dem Streit um den „Diebstahl“ elektrischer Kraft (Bericht von *Esche* a. a. O. S. 4320), und wir sehen es jetzt beim Münzfernsprecherbetrug. Bei diesem hat, wie gezeigt, bisher noch jeder, der sich mit der Frage befaßt hat, eine andere rechtliche Auffassung zutage gefördert. Und angenommen, das RG. entschiede einen einzelnen Fall in dem oder jenem Sinn, etwa nach § 263 StGB., so hätte doch jedes AG. das Recht, es anders zu machen, und wir erhielten schließlich möglicherweise ein nach Oberlandesgerichtsbezirken gespaltenes Recht[1]).

Matzke tritt für die analoge Anwendung der Strafbestimmungen ein, aber ich kann nicht sehen, ob er den § 263 StGB. oder ob er das Gesetz von 1900 analog angewandt wissen möchte, da doch auch er Zweifel gegen die unmittelbare Anwendung der beiden Vorschriften hat. Er führt dabei (S. 1615 Anm. 60, S. 1616) einige Aussprüche an, die durch die Schönheit der Sprache oder den Adel der Gesinnung bestechen mögen: „Recht ist schlechterdings das, was das Volk als Recht empfindet.“ „Recht ist das, was arische Menschen für Recht befinden, Unrecht das, was sie verwerfen.“ „Heilig ist nicht das Gesetz, heilig ist nur das Recht, und das Gesetz steht unter dem Recht.“ Wie nun, wenn der Bauer den Marder, den er auf seinem Hofe spürt, mit Eiern heranzicht und schließlich erschlägt und den Balg behält? Hierüber wird der Bauer anders denken als der Jagdpächter. Oder wie, wenn ein Gericht den so viel angegriffenen Rückwirkungsstichtag des § 15 AufwG. zum Vorteil des Gläubigers auf den 1. Jan. 1918 zurückverlegt hätte? Dann würde der eine ihn übel gescholten, der andere zum Himmel erhoben haben. Und sind doch hier wie dort beide Teile Volksgenossen, beide arische Menschen. Durch das ganze Zusammenleben der Volksgenossen ziehen sich eben Gegensätze hin, der gesellschaftlichen und rechtlichen Lagen, in einer Art, daß schließlich der Gesetzgeber die maßgebende Lösung der Widerstreite verfügen muß. Jedenfalls aber dürfte man nicht, auf Grund der heute bestehenden Vorliebe für den neuen Gedanken, auf diese Forderung pochen und deshalb eine ausdrückliche Regelung von Tatbeständen auch da unterlassen, wo es sich um ein oft vorkommendes strafwürdiges Tun handelt, wie damals gegenüber der weitverbreiteten Unsitte des unehrlichen Bierausschanks und jetzt gegenüber dem Münzfernsprecherbetrug, über dessen Häufigkeit *Neugebauer* berichtet. Warum den Strafrichter vor die schwierige Gewissensfrage stellen, ob er, gerade bei dem einzelnen ihm eben vorliegenden Sachverhalt, die analoge Anwendung einer Strafvorschrift mit seiner Richterpflicht vereinbaren könne, und welcher von mehreren in Frage kommenden? Warum das Rechtsleben den damit immer gegebenen Unsicherheiten und der Uneinigkeit bei einer analogen Anwendung aussetzen, wenn es doch leicht wäre, über längst bekannte und nach ihrer Wesenheit klar zu erfassende Übelstände in das Strafgesetz eine Vorschrift aufzunehmen, die den wirklichen Kern solcher Vorkommnisse richtig und eindeutig träfe?

[1]) Durch Zufall bin ich nachträglich auf eine Stelle in der Einleitung zu dem Codex Juris Bavarici Criminalis de anno MDCCLI gestoßen. Es verlohnt sich wohl, sie mitzuteilen: Annebens gnädigst anbefehlend, wenn sich seinerzeit ein Criminal-Casus ereignen solte, welcher in gegenwärtigem Codice entweder gar nicht, oder nicht klar genug ausgedruckt; mithin einer legal- und authentischer Auslegung von Uns selbst bedürftig wäre, solcher zwar für selbigesmal von jeder Criminalobrigkeit ex aequitate et analogia Juris ihren besten Wissen und Gewissen nach, ohne Anfrag entschieden, und zur Exekution gebracht; sofort aber auch alsogleich an Unseren geheimden Rath zu dem Ende gehorsamst einberichtet werde, damit hierinn per Generale weitere nöthige Vorsehung geschehen; mithin all fernere Ungleichheit und Contrarietät in denen Praejudiciis dadurch verhütet, und auf diese Weis, so viel immer möglich, ein gleichförmig-unzweifelbar- und auf alle vorkommende Fälle applikabels Jus Statutarium Criminale in Unsern Landen eingeführet, und erhalten werden möge.

Automatenverkauf, Ladenschlußzeit und Sonntagsruhe

Von Amtsgerichtsrat Dr. jur. Gustav Maaß, Nürnberg

Bedient sich ein Gewerbetreibender zum Warenverkauf eines Automaten, der an Stelle einer Person die Waren an den Kunden auf mechanischem Wege abgibt, dann ist der Automat nichts anderes als die besondere Erscheinungsform des Gewerbebetriebs, dem er dient, und unterliegt demnach den für diesen Betrieb geltenden gewerberechtlichen Bestimmungen. Aus diesem Grunde hängt die Beantwortung der Frage, ob die Bestimmungen über Ladenschlußzeit und Sonntagsruhe auf den Automatenbetrieb Anwendung finden, davon ab, welche gewerbliche Funktion dem Automaten obliegt. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, kann der Automat eine sog. „offene Verkaufsstelle“ vertreten oder in einem Gewerbebetrieb Ver-

wendung finden, der unter bestimmten Voraussetzungen dem Automaten wegen des besonderen gewerberechtlichen Betriebscharakters die Eigenschaft einer offenen Verkaufsstelle nimmt.

I. Warenautomaten fallen unter den gewerberechtlichen Begriff „offene Verkaufsstellen“ dann, wenn durch sie von einer festen, für jedermann zugänglichen Stelle aus ein Warenverkauf betrieben wird (Landmann-Rohmer, GewO., 8. Aufl., Anm. 1d zu § 41a). Ist das der Fall, dann unterlag nach dem vor dem Inkrafttreten des Ges. über den Verkauf von Waren aus Automaten v. 6. Juli 1934 (RGBl. I, 585) geltenden Recht der Verkauf von Waren durch Automaten ebenso, wie der Verkauf aus anderen offenen Verkaufsstellen (Läden), den Bestimmungen über die Ladenschlußzeit und Sonntagsruhe. Gemäß § 1 ArbZVO. v. 14. April 1922 i. Verb. m. § 9 AngArbZVO. v. 18. März 1919 und §§ 41a, 105b Abs. 2 GewO. mußten daher die Automateninhaber dafür sorgen, daß in der Zeit von 7 Uhr abends bis 7 Uhr morgens und an Sonn- und Feiertagen Gegenstände aus den Automaten nicht entnommen werden konnten, wenn sie sich nicht nach § 11 ArbZVO., § 146a GewO. strafbar machen wollten (herrsch. Meinung; vgl. Landmann-Rohmer a. a. O. und die dort zit. Rspr.).

Dieser Rechtszustand erfuhr durch das Ges. über den Verkauf von Waren aus Automaten v. 6. Juli 1934 (RGBl. I, 585), in Kraft seit 21. Juli 1934, eine wesentliche Änderung.

Dieses Gesetz (nunmehr § 24 Abs. 5 der neugefaßten ArbZO. v. 26. Juli 1934) bestimmt, daß die Ladenschlußzeiten für Automaten nicht gelten, wenn sie von dem Inhaber einer zum dauernden Betrieb eingerichteten offenen Verkaufsstelle in räumlichem Zusammenhang mit dieser aufgestellt werden, wenn außerdem die Wartung der Automaten nur außerhalb der gesetzlichen Ladenschlußzeit an Werktagen geschieht und der Automatenverkauf ausschließlich auf Rechnung des Verkaufsstelleninhabers geht (Ziff. 3 AusfVO. zum AutomatG. v. 14. Aug. 1934 [RGBl. I, 814]).

Unter den gleichen Voraussetzungen wird in § 3 AutomatG., der einen Abs. 3 an § 41a GewO. anfügt, das Offenhalten der Automaten an Sonn- und Feiertagen gestattet.

Das Erfordernis des räumlichen Zusammenhanges mit einer zum dauernden Betrieb eingerichteten offenen Verkaufsstelle besagt zunächst, daß der Automatenbetrieb nur neben, nicht aber an Stelle einer offenen Verkaufsstelle zulässig ist. Ob „räumlicher Zusammenhang“ vorliegt, ist Tatfrage. Er wird immer dann gegeben sein, wenn der Automat in der Weise in oder an der Verkaufsstelle angebracht ist, daß er ohne weiteres als zum Ladengeschäft, dem er dient, gehörig erkennbar ist.

Im übrigen sind für den Automatenverkauf nur solche Waren zugelassen, die für die zugehörige offene Verkaufsstelle fachüblich sind und ausschließlich oder in erheblichem Umfang in der offenen Verkaufsstelle selbst geführt werden (Ziff. 1 AusfVO. v. 14. Aug. 1934). Der Tabakwarenhändler kann daher durch einen mit seinem Laden verbundenen Automaten nach Ladenschlußzeit wohl Zigarren und Zigaretten, nicht aber Schokolade vertreiben.

Für Handwerksbetriebe jedoch ist der Automatenverkauf für die in diesen Betrieben geführten, aber dort nicht hergestellten oder be- oder verarbeiteten Waren verboten (Ziff. 2 AusfVO. v. 14. Aug. 1934). Der Bäckermeister darf demnach nur selbst hergestellte, nicht aber von der Fabrik bezogene Schokoladewaren nach Ladenschlußzeit durch Automaten feilbieten.

Entsteht bei Geschäften, die verschiedene Waren handeln (Gemischtwarengeschäfte), Streit darüber, ob eine der gehandelten Waren als fachüblich zu bezeichnen ist, dann hat sich die Entscheidung nach der allgemeinen Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung der in den einschlägigen Geschäften geübten Gebräuche zu richten. Im Zweifelsfall bestimmt der Reichsarbeitsminister im Einvernehmen mit dem Reichswirtschaftsminister oder eine vom Reichsarbeitsminister beauftragte Stelle, welche Waren fachüblich sind (Ziff. 1 Satz 2 AusfVO. v. 14. Aug. 1934).

Ausgeschlossen vom Automatenverkauf sind Warenhäuser, Kleinpreisgeschäfte, Serienpreisgeschäfte und andere durch die besondere Art der Preisgestaltung gekennzeichnete Geschäfte, Verteilungsstellen von Konsumvereinen und Werkkonsumanstalten (Ziff. 4 AusfVO. v. 14. Aug. 1934).

Neben den vom Gesetzgeber begünstigten Automaten können nach wie vor dem Inkrafttreten des AutomatG. auch Automaten als offene Verkaufsstellen betrieben werden, bei welchen die Voraussetzungen für die Befreiung von den Bestimmungen über Ladenschlußzeit und Sonntagsruhe nicht vorliegen. Diese nicht begünstigten Automaten müssen selbstverständlich innerhalb der Sperrzeiten des § 24 ArbZVO. und an Sonntagen geschlossen sein.

II. Auf Automaten in Gast- und Schankwirtschaften finden die bisher dargelegten Rechtsgrundsätze wegen der besonderen rechtlichen Gestaltung dieser Gewerbebetriebe keine Anwendung.

1. Da nach § 105i GewO. Gaststätten nicht als offene Verkaufsstellen gelten, unterliegt der Wirt mit dem Verkauf seiner Waren nicht den Bestimmungen über Ladenschlußzeit und Sonntagsruhe, wenn er nur Waren, auf die sich die Wirtschaftskonzession erstreckt, und nur zum sofortigen Verzehr an Ort und Stelle an seine Gäste abgibt. An Waren darf der Wirt neben den durch die Konzessionsurkunde bestimmten Getränken nach herrschender Anschauung auch Speisen und Genußmittel, wie Zigarren, Zigaretten, Süßigkeiten, schließlich auch Postkarten in kleinen Mengen zum sofortigen Gebrauch oder Genuß an seine Gäste abgeben (vgl. Rohmer, GaststättG., Anm. 3h zu § 1 und die dort angef. Rspr.).

Auch der Wirt kann Getränke, Speisen und Genußmittel durch Automaten verabreichen (Landmann-Rohmer, 8. Aufl., Anm. 4 Ziff. 2 zu § 41a und Anm. 3b zu § 105i GewO.). Benutzt er Automaten, dann ist er auch für den Automatenverkauf von den zeitlichen Beschränkungen, denen offene Verkaufsstellen unterworfen sind, befreit; denn für die Zulässigkeit der Warenabgabe ist die Form, in der sie sich vollzieht, ohne Bedeutung. Das AutomatG., § 24 Abs. 5 ArbZO. und § 41a GewO. finden hier überhaupt keine Anwendung.

2. Anders ist die Rechtslage, wenn der Automatenverkauf nicht mehr als organischer Bestandteil des Gaststättenbetriebs angesehen werden kann. Das ist zunächst dann der Fall, wenn der Wirt überhaupt andere als im Gaststättenverkauf zugelassene Waren oder an sich genehmigte Waren nicht zum sofortigen Verzehr an Ort und Stelle, also nicht an sog. Zehrgäste (Ausnahme: der Gassenschank in Süddeutschland; Rohmer, Anm. 3h zu § 1 GaststättG.) abgibt, denn dann fehlen dem Warenverkauf Merkmale, die für einen Gast- oder Schankwirtschaftsbetrieb wesentlich sind (vgl. Rohmer, Anm. 2 u. 3a u. g zu § 1 GaststättG. und Landmann-Rohmer, Anm. 3c zu § 105i GewO.).

Abgesehen davon wird die organische Verbindung der Warenabgabe mit dem Wirtschaftsbetrieb auch dann gelöst, wenn der Wirt nicht ausschließlich der Unternehmer des Automatenbetriebs ist. Während dieser Grundsatz bei den Verkaufsstellen-Automaten erst durch besondere gesetzliche Bestimmung Geltung erlangte (Ziff. 3 AusfVO. v. 14. Aug. 1934), ergibt er sich hier schon aus dem Wesen der Wirtschaftserlaubnis: die Wirtschaftserlaubnis ist rein persönlicher Natur, sie ist an eine bestimmte Person gebunden und weder ganz noch teilweise übertragbar (Rohmer, Anm. 5f zu § 1 GaststättG. und Landmann-Rohmer, Anm. 3a zu § 105i GewO.). Daher kann die Wirtschaftserlaubnis nur den Gewerbebetrieb des Wirtes selbst und damit nur die Warenabgabe in der Gaststätte decken, bei welcher der Wirt allein, also unter Ausschluß jeder Beteiligung eines anderen, das Risiko für Gewinn und Verlust trägt (Rohmer, Anm. 5b zu § 1 GaststättG.; BayObLG. v. 18. Nov. 1911: RegerEntsch. 32, 42). An diesen Grundsätzen scheitern alle Versuche, durch Vertragsabschlüsse mit dem Wirt die auch anderen Personen als dem Wirt gewinnbringende Warenabgabe durch Automaten in Gaststätten während der für offene Verkaufsstellen bestehenden Sperrzeiten zu einer erlaubten zu machen. Durch obligatorische, ins Privatrecht gehörende Ver-

träge können die zwingenden öffentlich-rechtlichen, das Wesen der Wirtschaftskonzession bestimmenden Grundsätze nicht geändert oder beseitigt werden.

Liegt ein nicht zum Wirtschaftsbetrieb der Gaststätte gehöriger Automatenverkauf vor, dann finden auf diesen Automatenverkauf aber auch nicht die begünstigenden Vorschriften des AutomatG. Anwendung, denn der Automat steht in diesem Falle nicht mit einer offenen Verkaufsstelle, sondern mit einer nicht unter den Begriff der offenen Verkaufsstelle fallenden Gaststätte in räumlichem Zusammenhang (§ 24 Abs. 5 ArbZO.). Der Automat wird solchenfalls zur selbständigen offenen Verkaufsstelle, die nur dem Schein nach Gaststättenbetrieb ist und nach Ladenschlußzeit sowie an Sonn- und Feiertagen geschlossen sein muß.

Bei der Anwendung der in den zuletzt erörterten Fällen einschlägigen Strafvorschriften ist folgendes zu beachten:

Durch den schon äußerlich vom Wirtschaftsbetrieb unabhängigen Automatenverkauf — Warenabgabe an Nichtzehrgäste — nach Ladenschlußzeit und an Sonntagen erfüllt der Wirt und gemeinschaftlich mit ihm (§ 47 StGB.) sein etwa vorhandener Mitunternehmer objektiv die Straftatbestände der § 27 Abs. 3 u. 4 ArbZO., § 146a GewO.

Die gleichen Straftaten liegen objektiv vor, wenn der Automatenverkauf nur scheinbar Gaststättenbetrieb, tatsächlich aber mit diesem nicht organisch verbunden ist — Beteiligung weiterer, der Wirtschaftserlaubnis nicht teilhaftiger Personen am Unternehmen —, denn dann ist der Automat, wie festgestellt wurde, selbständige offene Verkaufsstelle. Letzterenfalls ist die Warenabgabe aber auch ein von der Wirtschaftserlaubnis nicht gedeckter und damit unbefugter Gaststättenbetrieb, so daß objektiv die bereits festgestellten Vergehen mit einem vom Wirt und seinem Mitunternehmer gemeinschaftlich begangenen Vergehen nach § 30 Abs. 1 Ziff. 1 GaststättG. tateinheitlich zusammentreffen. Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, daß nach § 105i GewO. Gaststätten keine offenen Verkaufsstellen sind, denn § 105i GewO. betrifft nach seinem Sinn und Zweck nur befugt betriebene Gaststätten, schließt also nicht aus, daß ein Gewerbebetrieb offene Verkaufsstelle und zugleich verbotene Gaststätte sein kann.

Auch subjektiv werden in der Regel die angeführten Straftatbestände erfüllt sein. Abgesehen davon, daß die einschlägigen Delikte auch fahrlässig begangen werden können (Landmann-Rohmer, 8. Aufl., Anm. 2 zu § 146a GewO.; Rohmer, Anm. 2 zu § 11 ArbZVO. v. 21. Dez. 1923; Erdmann-Meissinger, Anm. II 3a zu § 27 ArbZO.; § 30 Abs. 3 GaststättG.), wird meist Vorsatz feststellbar sein, denn der Wirt und sein etwaiger Mitunternehmer handeln in Kenntnis der zur Erfüllung der Straftatbestände notwendigen Tatumstände: sie wissen und wollen, daß die Automaten in der Gaststätte nach 7 Uhr abends und an Sonn- und Feiertagen den Wirtschaftsgästen zum Warenkauf offenstehen; sie wissen und wollen, daß der Verkauf nur teilweise auf Rechnung des Wirtes geht und daß der mitbeteiligte Unternehmer die Wirtschaftskonzession nicht mitbesitzt. Ein Irrtum über die maßgebenden Rechtsgrundsätze wird sich in der Regel als Irrtum über die zu den Straftatbeständen gehörenden Begriffe „offene Verkaufsstelle" oder „Gaststätte" offenbaren und deshalb als sog. Strafrechtsirrtum unerheblich sein (BayObLG. 31, 179; RG. 60, 362). Die IrrtVO. v. 18. Okt. 1917 (RGBl. 58) ist auf die ArbZVO. nicht anwendbar (BayObLG. 31, 179; Rohmer, Anm. 3 zu § 11 ArbZVO. v. 21. Dez. 1923; Erdmann-Meissinger, Anm. II 3b zu § 27 ArbZO.).

III. Einer Sonderregelung unterliegen die Bahnhofsautomaten, die, soweit sie auf bahneigenem Gelände liegen und dem Bedürfnis des Reiseverkehrs dienen, in der Regel von den Bestimmungen über Ladenschlußzeiten und Sonntagsruhe Befreiung genießen (vgl. § 16 Abs. 5 RBahnG. v. 30. Aug. 1924 [RGBl. II, 272] und § 27 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 GaststättG., sowie Rohmer, Anm. 4 zu § 27 GaststättG.; außerdem Rohmer, GaststättG. Anh. A Nr. 2 S. 129; VO. des Reichsverkehrsministers und des Reichswirtschaftsministers über die Anwendung des GaststättG. auf Bahnhofswirtschaften usw. v. 1. Juli 1930 [RGBl. I, 201] und F, Erl. des preuß. Ministers für Handel und Gewerbe und des Innern betr. die im Reichsrat vereinb. Richtlinien für die Behandlung der Bahnhofswirtschaften usw. v. 9. März 1927).

Versicherungswesen

Von Prof. Dr. Erwin Noack, Halle a. d. Saale

Mehr denn je geht in den Gesprächen der Berufsgenossen untereinander das Thema über die reinen Fachfragen hinaus zu allgemeinen politischen und wirtschaftlichen Erörterungen. Nur selten dagegen wird hierbei auch das Versicherungswesen gestreift, es sei denn, daß ein besonderer Prozeßfall oder die beabsichtigte Umgestaltung des Versicherungsrechts dazu Veranlassung gibt. Und doch ist heute die nationalwirtschaftliche Bedeutung des Versicherungswesens nach den befürwortenden und anerkennenden Worten aller Regierungsstellen und Wirtschaftsorganisationen weniger denn je umstritten. Es hat sich erfreulicherweise die richtige Erkenntnis durchgesetzt, daß ohne das Versicherungswesen eine gedeihliche Weiterentwicklung unserer Wirtschaft nicht denkbar ist.

Der Gedanke, Vorsorge für einen eintretenden Vermögensschaden zu treffen, ist, wie die genauen Forschungen ergeben haben, auch in früheren Jahrtausenden vorhanden gewesen.

Wenn uns das jus romanum aus alter Zeit bekannt und geläufig ist, das über Jahrhunderte hinaus auf die heutige Rechtsgestaltung eingewirkt hat, so ist fast von einer Duplizität der Ereignisse zu sprechen, daß sich auch die Lebensversicherung bis in die römische Kaiserzeit zurückverfolgen läßt. An Einzelheiten der damaligen Versorgungseinrichtungen sind bekannt die donatio propter nuptias, die collegia tenuiorum, die Handwerkerkollegien und die Militärvereine.

Die donatio propter nuptias ist nach den Mitteilungen von Braun[1]) „eine Geldsumme, welche dem Herkommen gemäß der Mann vor der Ehe seiner zukünftigen Ehefrau gewissermaßen als Gegengeschenk für die einzubringende Mitgift zu übergeben pflegte, zum Zwecke eines Beitrages zu den Kosten des Haushalts und zur Sicherung des Unterhalts für die Haushaltsangehörigen in Zeiten, wo er für dieselben zu sorgen nicht mehr imstande sein würde".

Die collegia tenuiorum übten — nach Müller[2]) — stets den Kultus irgendeines Gottes und nannten sich daher cultores oder führten das Eigenschaftswort salutare oder sanctissimum oder bezeichneten ihren Schutzgott als salutaris. Sie waren allgemein zugelassen und durften zwecks Beitragsentrichtung einmal im Monat zusammenkommen, wogegen sie der gottesdienstlichen Verrichtung wegen sich so oft zusammenfinden konnten als sie wollten.

Einen genaueren Einblick in die Organisation eines collegium tenuiorum gewährt uns die Inschrift, welche das Statut eines Vereins zu Lanuvium (Civita Lavigna bei Rom) enthält. Aus diesem Statut, dessen Inhalt auch heute noch durchaus zeitgemäß anmutet, seien folgende Punkte hervorgehoben:

1. Das Eintrittsgeld (capitularium) beträgt 100 Sest. (22 RM); auch ist eine Amphora (26 Ltr.) guter Wein zu

[1]) Dr. H. Braun, Geschichte der Lebensversicherung und der Lebensversicherungstechnik.

[2]) Müller, „Ansätze zum Versicherungswesen in der römischen Kaiserzeit": ZVersWiss. Bd. V, Berlin 1906.

liefern; monatlich sind 5 Aß (27½ Pfg.) zu zahlen.

2. Für solche, die 6 Monate hintereinander ihren Beitrag nicht bezahlt haben, wird kein Sterbegeld gezahlt, auch dann nicht, wenn sie über dasselbe testamentarisch verfügt haben.

3. Das Sterbegeld (funeraticium) beträgt 300 Sest. (66 RM), doch gehen davon 50 Sest. (11 RM) ab, die am Scheiterhaufen an das Gefolge verteilt werden.

4. Für Selbstmord wird in keinem Falle Sterbegeld gezahlt.

5. Von Beitrag befreit sind der Vorsitzende, der Schriftführer und der Bote. Bei allen Verteilungen bekommt der erste doppelte Quoten, die beiden anderen 1½ Portionen; ebensoviel erhält der Vorsitzende nach Niederlegung seines Amtes bei jeder Gelegenheit.

Die Höhe des Sterbegeldes war bei den verschiedenen Vereinen, die nach unseren heutigen Begriffen als Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit anzusprechen sind, sehr verschieden.

Neben diesen Sterbekassen gab es dann zahlreiche Fachvereine von kleinen Kaufleuten, Handwerkern, subalternen Beamten der Magistrate, Dienern von Erwerbsgesellschaften, Arbeitern in Bergwerken und Steinbrüchen, Schauspielern, Artisten usw., die neben ihren sozialen Aufgaben ihren Mitgliedern im Todesfalle die Beerdigungskosten ersetzten. Diese Vereine durften nur auf besondere Erlaubnis hin errichtet werden, sofern kein Verdacht vorlag, daß sie staatsgefährliche Zwecke verfolgten.

Die außerdem noch genannten Militärvereine entsprachen in ihrer Versorgungsabsicht den Militärdienstverhältnissen. Eine uns überlieferte Satzung enthält folgende Bestimmungen:

§ 1 bestimmt, daß jeder Aufzunehmende ein Eintrittsgeld (Bankgeld oder scamnarium) von 750 Denare (660 RM) zu zahlen hat.

§ 2 besagt, daß einem Mitglied, welches eine Seereise unternimmt, vor Antritt derselben ein Reisegeld von 200 Denare (176 RM) gezahlt werden soll, und daß ihm dieses nicht auf die ihm nach dem folgenden an die Kasse zustehende Forderung angerechnet wird.

§ 3 verspricht dem Veteranen beim Austritt aus dem Heere und dem Verein ein anularium von 500 Denare (440 RM). (Augenscheinlich ist damit ein Einrichtungsgeld verstanden, damit der Mann sich in den neuen Verhältnissen einrichten konnte.)

§ 4 bestimmte, daß ein durch Beförderung aus dem Verein ausscheidendes Mitglied 500 Denare (440 RM) erhalten soll.

§ 5 bestimmt, daß im Todesfall eines Mitgliedes 500 Denare (440 RM) an die Erben oder rechtliche Vertreter gezahlt werden sollten.

§ 6 setzt fest, daß ein Mitglied, welches infolge schimpflicher Entlassung ausscheiden muß, nur 250 Denare (220 RM) zurückerhalten soll.

§ 7 bestimmt, daß, wenn ein Rekrut freiwillig ausscheidet, er seine Einzahlungen abzüglich der durch das Vereinsleben verursachten Kosten zurückerhalten soll (Rückkauf?).

Wir sehen also, daß der Grundgedanke der Versorgung nicht erst unserem Zeitalter vorbehalten blieb, sondern schon in der Antike zu finden ist. Von allen Versicherungszweigen hat die Bedeutung der Lebensversicherung, die seit jeher als großes wirtschaftliches Sammelbecken, teilweise kleinster Kapitalbeträge, den Geldmarkt belebte, im letzten Jahrhundert wohl am meisten zugenommen. Durch die verschiedensten Fürsorgeeinrichtungen ist auch gerade jetzt den Anwälten und Notaren die Lebensversicherung näher gerückt als in früherer Zeit, in der jeder einzelne nur auf seinen eigenen Entschluß zu einer Versorgungseinrichtung angewiesen war. Ich erinnere in diesem Zusammenhang an die Gruppenversicherung, die der Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen mit je 600 RM für seine Mitglieder noch einen Tag vor dem ministeriellen Verbot des Abschlusses solcher Versicherungen abgeschlossen hat und an die verschiedenen Verträge, die von den einzelnen Anwaltkammern und Anwaltvereinen zur Versorgung der Mitglieder ihres Bezirks teils mit Renten-, teils mit Kapitalversicherungen eingegangen wurden.

Da die Zeitumstände bei der bekannten Wirtschaftslage des Juristenstandes mehr denn je zu einer ausreichenden Versorgung des einzelnen drängen, so sind in diesem Zusammenhang zur Beurteilung des Wertes der Lebensversicherungen einige Bemerkungen über den heutigen Stand der deutschen Lebensversicherung bestimmt am Platze.

Ganz allgemein ist zunächst festzustellen, daß der Umfang der Versorgungseinrichtungen — bei privaten und öffentlichen Lebensversicherungsunternehmungen zusammen — den Stand der Vorkriegszeit weitaus überschritten hat. So ergeben sich in Deutschland zum Ende des verflossenen Kalenderjahres 1934 etwa 21,5 Mill. versicherte Personen mit einer Versicherungssumme von annähernd 18,5 Mrd. RM. Die sich hieraus ergebende Durchschnittsversicherungssumme von rund 860 RM mag, für den einzelnen gesehen, niedrig erscheinen. Das Urteil über den Wert einer Lebensversicherung ändert sich aber, wenn man den sozialen Stand dessen berücksichtigt, dem der Betrag zufließt. Ein erheblicher Teil der abgeschlossenen Versicherungen ist als Sterbegeldversicherungen z. B. nur dazu bestimmt, ein schlichtes, aber würdiges Begräbnis sicherzustellen und nicht noch eine Altersversorgung zu gewährleisten. Insgesamt zahlen die deutschen Lebensversicherungsunternehmungen jährlich weit über 350 Mill. RM Versicherungsleistungen aus, die manche Not lindern und viele Sorgen mildern dürften.

Zu dem nationalen Wert der Lebensversicherung gewinnt man am ehesten die richtige Einstellung, wenn man als jetzigen Kapitalwert der von den Versicherten bisher aufgebrachten Prämien — es werden monatlich rund 70 Mill. RM Prämien aufgebracht — den Vermögensbetrag von 4,5 Mrd. RM feststellt, der von den Unternehmungen zu verwalten ist. Diese Summe wäre ohne die Zusammenfassung der Prämienbeträge durch die Versicherungsunternehmungen der Volkswirtschaft zum überwiegenden Teil verlorengegangen, ist so aber in den Kreislauf der Wirtschaft durch Gewährung von Hypotheken, Ankauf von Grundbesitz, Kauf von Wertpapieren usw. zurückgeflossen.

Unsere eigene Versicherungseinrichtung, die Deutsche Anwalt- und Notar-Versicherung Lebensversicherungsverein a. G. zu Halle (Saale), die bekanntlich unter dem Namen „Ruhegehalts-, Witwen- und Waisenkasse für deutsche Rechtsanwälte und Notare zu Halle (Saale)" 1909 ins Leben trat, nimmt, trotz des eng begrenzten Mitgliederkreises, einen ansehnlichen Platz unter den Versicherungsgesellschaften ein. Die jetzt rund 5600 Mitglieder des Vereins können bereits einen Vermögensbetrag von rund 24 Mill. RM als Ergebnis ihrer Beiträge zu dieser Versorgungseinrichtung für sich in Anspruch nehmen. Nach den bisherigen erfolgreichen Geschäftsergebnissen und dem ständig wachsenden Mitgliederbestand im letzten Jahrzehnt schließt auch das verflossene Geschäftsjahr wieder mit einer Erhöhung der Bilanzsumme, nachdem sich ein gewisser Abgang an Mitgliedern infolge der Gleichschaltung unter den Anwälten und Notaren inzwischen ausgeglichen hat.

Dieser Aufstieg soll insbesondere fortgesetzt werden durch die Auswirkung der Erweiterung des Personenkreises, den der Verein neuerdings aufzunehmen in der Lage ist. Blieb bisher die Aufnahme neuer Mitglieder auf Rechtsanwälte und Notare beschränkt, so ist die letzte Mitgliederversammlung über diesen Personenkreis hinausgegangen. Es wurde der Beschluß gefaßt, in Zukunft auch Referendare und Assessoren aufzunehmen. Damit soll allen den Referendaren und Assessoren, die die Absicht haben, später Anwalt oder Notar zu werden, möglichst frühzeitig Gelegenheit gegeben werden, zu ihrem Nutzen ihrer Versorgungseinrichtung beizutreten. Wenngleich sich diese Erweiterung des Personenkreises nicht sofort ziffernmäßig auswirken kann, so sind doch bei dem heute noch stark vorhandenen Bestreben, im freien Beruf tätig zu sein, die Aussichten für die Steigerung des Mitgliederbestandes als recht günstig anzusehen.

Welches Gericht ist für die Bewilligung des Armenrechtes für die Zwangsvollstreckung zuständig?

I.

Von Gerichtsassessor Edgar E. Breidthardt, Bad Godesberg

Wird das Armenrecht (AR.) vor Beginn des Rechtsstreits oder im Laufe des Rechtsstreits für die erste Instanz bewilligt, so umfaßt diese Armenrechtsbewilligung auch die Zwangsvollstreckung (ZV.), § 119 Abs. 1 ZPO., d. h. das Prozeßgericht erster Instanz ist in diesem Falle zur Bewilligung des AR. für die ZV. zuständig. Insoweit herrscht angesichts des klaren Wortlauts des § 119 Abs. 1 in Rechtslehre und Rechtsprechung Einigkeit[1]), ebenso darüber, daß überhaupt eine Bewilligung des AR. für die ZV. allein möglich ist, auch wenn im Erkenntnisverfahren das AR. nicht bewilligt worden ist[2]).

Im Gegensatz hierzu besteht Streit über die Frage, welches Gericht zur Bewilligung des Armenrechts für die ZV. zuständig ist, wenn das AR. nicht im Prozesse oder nicht für die erste Instanz bewilligt worden ist.

In der Hauptsache gestützt auf den Wortlaut des § 119 Abs. 1 Halbsatz 2 ZPO. hält die als herrschend anzusehende Meinung das Prozeßgericht erster Instanz auch für diesen Fall für zuständig[3]); einige Vertreter dieser Lehre begründen ihre Auffassung mit Zweckmäßigkeitserwägungen[4]).

Demgegenüber halten Stein-Jonas und Baumbach[5]) zur Bewilligung des AR. für die ZV. das Vollstreckungsgericht für zuständig. Stein-Jonas begründet seine Auffassung mit der Erwägung, daß im Falle der Bewilligung des AR. für die ZV. aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde kein Prozeßgericht erster Instanz vorhanden sei — das nach §§ 797 ff. ZPO. zuständige Gericht lehnt er mit Recht ab — und hier deshalb das Vollstreckungsgericht zuständig sein müsse; das Gleiche sei unstreitig der Fall, wenn in erster Instanz ein Sondergericht, z. B. ein ArbG., entschieden habe. Hieraus folgert er die grundsätzliche Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts auch für die übrigen Fälle. M. E. läßt sich aus dem Ausnahmefall der ZV. aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde kein Schluß auf eine allgemeine Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts ziehen, zumal die notariellen Urkunden auch sonst in verschiedener Hinsicht eine von den vollstreckbaren Urteilen abweichende Behandlung erfahren, die in der Art ihres Zustandekommens begründet ist. Auch das weitere Argument Stein-Jonas, das auf der Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts für den Fall der Zuständigkeit eines ArbG. als Prozeßgericht erster Instanz beruht, ist nicht stichhaltig, da der Ausgangspunkt dieser Überlegung unrichtig ist. Hält man allgemein das Prozeßgericht erster Instanz für zuständig, so gilt dies auch für den Fall, daß ein ArbG. in erster Instanz entschieden hat, und es ist kein Grund für eine gesonderte Behandlung dieses Falles ersichtlich. Zudem gilt auch für dieses Argument der Einwand, daß aus einer Ausnahmeregelung keine sicheren Schlüsse auf die grundsätzliche Regelung zu ziehen sind.

Diese Ausführungen Stein-Jonas sind m. E. nicht geeignet, die herrschende Lehre zu widerlegen. Allerdings führt Stein-Jonas als letztes Argument an, daß aus Zweckmäßigkeitserwägungen die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts vorzuziehen sei. Hierauf wird weiter unten ausführlich eingegangen werden. Die übrigen Argumente Stein-Jonas jedoch können die von der herrschenden Lehre vertretene Ansicht nicht zu Fall bringen.

Dennoch scheint mir die von Stein-Jonas und Baumbach gegenüber der herrschenden Lehre vertretene Auffassung, daß das Vollstreckungsgericht zuständig sei, zuzutreffen. Hierfür sprechen folgende Erwägungen:

Die Gegenmeinung stützt sich auf den Wortlaut des § 119 Abs. 1 Halbsatz 2 und auf Zweckmäßigkeitserwägungen; sie läßt sich jedoch weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus Gründen der Zweckmäßigkeit rechtfertigen.

I. Zunächst ist eine auf den Wortlaut des Gesetzes gestützte Argumentation in keinem Falle zwingend und sollte nur als zusätzliche Begründung oder letztes Hilfsmittel für eine Entscheidung herangezogen werden.

Abgesehen hiervon läßt sich aber aus dem Wortlaut des § 119 Abs. 1 nichts für die Zuständigkeit des Prozeßgerichts erster Instanz entnehmen, vielmehr ergibt sich aus § 119 Abs. 1 m. E. die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichtes.

Zuzugeben ist, daß § 119 Abs. 1 Halbsatz 2 auf den ersten Blick die Zuständigkeit des Prozeßgerichts erster Instanz zu bestimmen scheint. Diese Folgerung beruht jedoch auf einem Trugschluß. Halbsatz 2 des § 119 Abs. 1 stellt gegenüber der grundsätzlichen Bestimmung des Halbsatzes 1 eine Ausnahmebestimmung dar, die nur die Wirkungen der Armenrechtsbewilligung in der ersten Instanz auch auf die ZV. ausdehnt; Halbsatz 2 enthält keine Bestimmung über das zuständige Gericht. Die Zuständigkeit ergibt sich vielmehr aus Halbsatz 1.

§ 119 Abs. 1 lautet:

Die Bewilligung des AR. erfolgt für jede Instanz besonders, für die erste Instanz einschließlich der ZV.

Diese Bestimmung enthält zwei grundsätzliche Regeln:

1. Für die Zuständigkeit: Jede Instanz bewilligt das AR. für das vor ihr stattfindende Verfahren selbständig, d. h. zuständig soll nach dem Sinn des Gesetzes zur Armenrechtsbewilligung jeweils das Gericht sein, das in dem Verfahren, für welches das AR. bewilligt werden soll, zu sachlichen Entscheidungen berufen ist. Die ZV. bildet in dieser Hinsicht eine selbständige „Instanz“, sie ist ein selbständiges Verfahren. Sie gehört begrifflich zu keiner Prozeßinstanz, sondern dient lediglich der Verwirklichung eines vollstreckbaren Titels, wobei es gleichgültig ist, von welcher Instanz dieser Titel herrührt. Ein Einbeziehen der ZV. in eine der Prozeßinstanzen, etwa der ersten Instanz, widerspricht dem Wesen unserer ZV. und läßt sich durch keine gesetzliche Bestimmung rechtfertigen. § 119 Abs. 1 Halbsatz 1 enthält keine derartige Bestimmung, Halbsatz 2 ebenfalls nicht, da er nur die Wirkungen des AR. ausdehnt.

2. Für den Umfang des AR.: Die Bewilligung des AR. beschränkt sich grundsätzlich nur auf das Verfahren der das AR. bewilligenden Instanz.

Von dieser zweiten grundsätzlichen Regel des Umfangs des AR. in § 119 Abs. 1 Nr. 1 macht Halbsatz 2 für den Fall, daß das Prozeßgericht erster Instanz das AR. bewilligt, die Ausnahme, daß das AR. in diesem Fall auch die ZV. mitumfaßt. Halbsatz 2 ist nur eine Ausnahmebestimmung hinsichtlich des in Halbsatz 1 festgesetzten Umfanges des AR., nicht aber hinsichtlich der in Halbsatz 1 getroffenen Regelung der Zuständigkeit. Er bestimmt nicht, daß das Prozeßgericht für die Bewilligung des AR. für die ZV. zuständig sein soll, sondern setzt voraus, daß das Prozeßgericht erster Instanz zur Armenrechtsbewilligung gemäß Halbsatz 1 zuständig ist

---

[1]) Baumbach, Anm. 2 zu § 119; Seuffert-Walsmann, 12. Aufl., I § 119 Anm. 1b und die dort angef. Rechtsprechung.

[2]) Seuffert-Walsmann a. a. O.; OLG. Hamburg: Recht 13, 503; OLG. Hamburg: OLGRspr. 19, 86.

[3]) Rosenberg, 2. Aufl., § 81 V, 1b; Sydow-Busch-Krantz § 119 Anm. 2; Freudenthal § 119 Anm. 3; Struckmann-Koch, 8. Aufl., Anm. 1 zu § 119, sämtlich ohne nähere Begründung; Seuffert-Walsmann a. a. O.; OLG. Hamburg: OLGRspr. 19, 87 unter Berufung auf den Wortlaut des § 119 Abs. 1 Halbsatz 2; ebenso OLGRspr. 2, 349 (Rostock) und 27, 55 (Dresden).

[4]) OLG. Hamburg: OLGRspr. 19, 87 und OLG. Rostock: OLGRspr. 2, 349.

[5]) Stein-Jonas, Anm. 1 zu § 118; Baumbach, Anm. 2 zu § 118 ohne Begründung.

und erweitert sodann den Umfang des von ihm bewilligten AR. auf die ZV.

Aus dem Wortlaut des § 119 Abs. 1 Nr. 2 ergibt sich demnach entgegen der herrschenden Meinung nicht die Zuständigkeit des Prozeßgerichts erster Instanz. Aus der in § 119 Abs. 1 Nr. 1 enthaltenen grundsätzlichen Zuständigkeitsregel folgt vielmehr, daß zur Bewilligung des AR. für die ZV. das zu sachlichen Entscheidungen innerhalb des Vollstreckungsverfahrens berufene Gericht — das Vollstreckungsgericht — zuständig ist.

Auf den Wortlaut des § 119 Abs. 1 kann sich deshalb die herrschende Lehre für ihre Auffassung nicht berufen, selbst wenn man von den obenerwähnten grundsätzlichen Bedenken gegen eine derartige auf dem Wortlaut des Gesetzes fußende Argumentation absieht.

II. Ebensowenig können auch Zweckmäßigkeitserwägungen die von der herrschenden Lehre vertretene Auffassung stützen.

Förster und das OLG. Hamburg: OLGRspr. 19/87 halten die Zuständigkeit des Prozeßgerichts aus dem Grunde für zweckmäßiger, weil das Prozeßgericht das AR. für die gesamte ZV. einheitlich bewilligt, während bei Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts verschiedene, jeweils für die einzelnen Vollstreckungsmaßnahmen zuständige, Vollstreckungsgerichte zu entscheiden hätten. Nach ihrer Ansicht ist diese einheitliche Entscheidung des Prozeßgerichts den möglicherweise verschieden lautenden Entscheidungen der einzelnen Vollstreckungsgerichte vorzuziehen.

M. E. spricht jedoch gerade die Überlegung, daß das Prozeßgericht für die gesamte ZV. einheitlich entscheidet, während im anderen Falle verschiedene Vollstreckungsgerichte über verschiedene einzelne Vollstreckungshandlungen zu entscheiden haben, für die Zweckmäßigkeit der hier vertretenen Auffassung. Nur bei Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichtes besteht die Gewähr dafür, daß jede einzelne Vollstreckungsmaßnahme auf ihre Aussicht auf Erfolg von dem für sie zuständigen Vollstreckungsgericht, das die Lage und die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles besser beurteilen kann als das möglicherweise weit entfernte Prozeßgericht erster Instanz, in einer den jeweiligen Verhältnissen des Einzelfalles Rechnung tragenden Art geprüft wird. Falls dagegen das Prozeßgericht summarisch das AR. für die gesamte ZV. bewilligt, steht es dem Gläubiger frei, auf Kosten der Staatskasse alle Möglichkeiten der ZV. zu erschöpfen, auch die, die ein nichtarmer Gläubiger wegen der geringen Aussicht auf Befriedigung und des hiermit verbundenen Kostenrisikos nicht durchführen würde. Ein derartiges Vorgehen steht im Widerspruch zu § 114 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Zu einer Entziehung des AR. wird es jedoch kaum kommen, da das Prozeßgericht regelmäßig von den einzelnen Vollstreckungsmaßnahmen keine Kenntnis erhält und nach Abschluß seiner Instanz jegliche Fühlungnahme mit dem weiteren Geschehen verloren hat. Ist jedoch das Vollstreckungsgericht zur Bewilligung des AR. zuständig, so wird bereits bei Bewilligung des AR. geprüft, ob die einzelne Vollstreckungshandlung, für die das AR. beantragt ist, Aussicht auf Erfolg bietet. Äußerstenfalls kann das Vollstreckungsgericht dem Gläubiger das AR. entziehen (§ 121 ZPO.), falls sich im Laufe des Vollstreckungsverfahrens, während dessen das Vollstreckungsgericht im Gegensatz zu dem Prozeßgericht erster Instanz in dauernder Fühlung mit dem Gang des Verfahrens bleibt, Bedenken gegen die vorher erteilte Bewilligung des AR. ergeben.

Das OLG. Hamburg a. a. O. führt für die Zweckmäßigkeit der von ihm vertretenen Meinung noch ein weiteres Argument an: Das Prozeßgericht erster Instanz sei in der Lage, bei der Bewilligung des AR. für die ZV. auch Zweifel zu berücksichtigen, die ihm nach Erlaß seiner Entscheidung im Erkenntnisverfahren an dem endgültigen Siege der nur zu einem vorläufig vollstreckbaren Titel gelangten obsiegenden Partei gekommen sind. Diese Überlegung sollte ernsthaft m. E. nicht in die Diskussion geworfen werden. Das erkennende Gericht erster Instanz ist an seine Entscheidung gebunden, auch wenn ihm nachträglich Zweifel an deren Richtigkeit kommen. Auf dem Umweg über die Armenrechtsbewilligung für die ZV. ein Hintertürchen zur Korrektur des eigenen, nachträglich für falsch gehaltenen, Urteils und dessen Auswirkungen zu finden, widerspricht den Grundsätzen über die Bindung des Gerichts an seine Entscheidungen im Erkenntnisverfahren. Eine derartige Korrektur sowohl des Urteils als auch der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit steht lediglich in der Macht der übergeordneten Instanz (§ 718 ZPO.).

Auch die Erwägung, daß das Prozeßgericht erster Instanz aus dem vor ihm abgerollten Verfahren mit dem der Armenrechtsbewilligung zugrunde liegenden Sachverhalt vertraut sei und so ohne weitere Schwierigkeit über das Armenrechtsgesuch entscheiden könne, kann die hier bekämpfte Meinung nicht stützen. Richtig ist, daß das Prozeßgericht regelmäßig den Sachverhalt kennen wird. Falsch ist jedoch, daß diese Kenntnis das Prozeßgericht in die Lage versetzt, ohne weitere Erhebungen usw. über das Armenrechtsgesuch für die ZV. zu entscheiden; denn die Gesichtspunkte, die für die Entscheidung in der Sache selbst maßgebend gewesen sind, decken sich nicht mit den für die Bewilligung des AR. entscheidenden Gesichtspunkten.

Im Erkenntnisverfahren vor dem Prozeßgericht wird erörtert und entschieden, ob dem Kläger der geltend gemachte Anspruch zusteht, nicht behandelt wird die Frage, ob der Kläger, falls sein Anspruch besteht, ihn gegen den Beklagten im Vollstreckungswege verwirklichen kann. Gerade aber die Frage, ob die Vollstreckung des Anspruchs bzw. des Titels Aussicht auf Erfolg bietet, spielt für die Entscheidung über die Bewilligung des AR. eine bedeutende, meist sogar die allein ausschlaggebende Rolle. Für die ZV. bleibt nur zu untersuchen, ob die Vollstreckung Aussicht auf Erfolg bietet, da sich eine Prüfung der übrigen Voraussetzungen für die Bewilligung des AR. (§ 114) angesichts des vorliegenden Vollstreckungstitels erübrigt. Das Prozeßgericht hat sich mit dieser Frage nicht zu befassen; regelmäßig erstreckt sich die Erforschung und Klärung des Sachverhaltes vor dem Prozeßgericht nicht auf die Aussicht einer späteren ZV., d. h. dem Prozeßgericht werden, abgesehen von Ausnahmefällen wie z. B. Anfechtungsprozessen nach dem AnfG. usw., keinerlei für eine spätere ZV. wertvolle Fingerzeige gegeben, die aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Zuständigkeit des Prozeßgerichts rechtfertigen könnten.

Ausnahmsweise muß auch das Prozeßgericht erster Instanz die Aussichten einer ZV. untersuchen, falls es nämlich das AR. für die erste Instanz bewilligt. In diesem Fall erstreckt sich das AR. nach § 119 Abs. 1 auch auf die ZV., so daß die hier zu entscheidende Frage gar nicht auftaucht, weil eine gesonderte Armenrechtsbewilligung für die ZV. nicht mehr erforderlich ist.

Regelmäßig müssen jedoch über die Aussichten der ZV. neue Erhebungen angestellt werden, da der vor dem Prozeßgericht festgestellte Tatbestand keine ausreichenden Anhaltspunkte bietet. Diese Erhebungen könnte selbstverständlich auch das Prozeßgericht erster Instanz anstellen, nur ist ein derartiges Verfahren schon deshalb in erheblichem Maße unzweckmäßig, weil gerade in dieser Hinsicht das Vollstreckungsgericht über eine weitaus größere Erfahrung als das Prozeßgericht verfügt. Das Vollstreckungsgericht steht mit den für derartige Ermittlungen in Betracht kommenden Stellen, wie Polizeiverwaltungen, Gerichtsvollzieher usw., in dauernder enger Verbindung. Es kennt Erhebungen in dieser Richtung auch aus seiner übrigen Tätigkeit (z. B. Feststellung der Unpfändbarkeit von Gegenständen, der Voraussetzungen des Vollstreckungsschutzes nach der VO. v. 26. Mai 1933 usw.). Nicht selten sind auch dem Vollstreckungsrichter aus anderen Vollstreckungssachen die Vermögensverhältnisse des Vollstreckungsschuldners bekannt, so daß er ohne weitere Nachforschungen die Aussichtslosigkeit der ZV. erkennt und über das AR. entscheiden kann.

Diese Erwägungen sprechen für die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichtes und gegen die des Prozeßgerichtes; die von der herrschenden Meinung vertretene Auffassung läßt sich daher weder aus Zweckmäßigkeitserwägungen noch, wie oben gezeigt, nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 119 Abs. 1 ZPO.) halten.

Bemerkt sei noch, daß trotz der von der überwiegenden

Anzahl der Schriftsteller und von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung der Zuständigkeit des Prozeßgerichtes erster Instanz die Praxis der Vollstreckungsgerichte zur Frage ihrer Zuständigkeit zur Bewilligung des AR. nicht einheitlich ist. So ist mir z. B. eine große Anzahl Vollstreckungsgerichte bekannt, die den hier vertretenen Standpunkt einnimmt, während z. T. im gleichen Landgerichtsbezirk gelegene andere Vollstreckungsgerichte die gegenteilige Auffassung vertreten. Diese Uneinheitlichkeit der Stellungnahme der Vollstreckungsgerichte birgt eine große Gefahr für den Gläubiger in sich, der sich infolge der Rechtsunsicherheit damit abfinden muß, von einem Gericht zum anderen verwiesen zu werden, während der Schuldner zwischenzeitlich die drohende Vollstreckung durch Verschieben oder Beiseiteschaffen seiner pfändbaren Vermögensstücke für den Gläubiger aussichtslos werden läßt.

Aus diesem Grunde wäre eine eindeutige Stellungnahme der Rechtsprechung und Rechtslehre und notfalls des Ministeriums durch Anweisung an die Vollstreckungsinstanzen zur Frage der Zuständigkeit der Gerichte zur Bewilligung des AR. für die ZV. äußerst erwünscht; sie kann m. E. nur in dem Sinne der hier vertretenen Auffassung ausfallen.

II.

Von Kammergerichtsrat Dr. Gaedeke, Berlin

Assessor Breidthardt rührt eine alte Streitfrage auf, für die er glaubt, neue wesentliche Gesichtspunkte gefunden zu haben, mit denen er die herrschende Meinung widerlegen könne. Ich glaube nicht, daß ihm das gelungen ist. Seine Ausführungen enthalten nämlich von Anfang an eine Fehlerquelle. Er sucht die Zuständigkeitsfrage aus § 119 ZPO. zu beantworten. Die eigentliche sedes materiae, den § 118 ZPO., erwähnt und würdigt er dabei eigenartiger Weise nicht. Es liegt aber auf der Hand, daß jede Erörterung über die Zuständigkeit zur Bewilligung des Armenrechts, für welches Verfahren es auch sei, immer nur von dieser Bestimmung des § 118 ZPO. ausgehen kann. Danach ist also generell das Prozeßgericht diejenige Instanz, der das Gesetz die Entscheidung über Armenrechtsgesuche zuweist.

Hier ließe sich nun schon einwenden: das Gesetz geht bei dieser Regelung nur von einem regelrechten entweder bereits im Gange befindlichen oder demnächst einzuleitenden Prozeßverfahren aus, wie die folgenden Bestimmungen über das Armenrecht für die erste und für die höheren Instanzen zeigen, und regelt demnach nicht den Fall des Armenrechts für ein „isoliertes“ Vollstreckungsverfahren. Doch wird man diesen Einwand durch den Hinweis darauf entkräften können, daß das Gesetz an das Zwangsvollstreckungsverfahren durchaus gedacht hat. Das beweist § 119 Abs. 1 ZPO., wo es auch für dieses Verfahren ausdrücklich bei der Zuständigkeit des Prozeßgerichts belassen worden ist, sofern es sich um das Armenrecht für die erste Instanz handelt. Daß darin nun aber nicht etwa eine Ausnahmeregelung nur für den Fall erstinstanzlichen Armenrechts liegt, folgt wiederum daraus, daß in § 119 ZPO. an sich nur an die Wirkung und den Umfang der Armenrechtsbewilligung gedacht ist, die in aller Regel nur für die eine Instanz gilt. Eine Ausnahme von der generellen Zuständigkeit des Prozeßgerichts für irgendwelche besonderen Fälle ist also aus § 119 Abs. 1 ZPO. nicht herauszulesen.

Mithin müßten schon ganz besondere schwerwiegende Gründe geltend gemacht werden, wenn man für das „isolierte“ Vollstreckungsverfahren eine von § 118 ZPO. abweichende Zuständigkeit annehmen will. Dafür ließe sich rechtlich eben nur die eine Erwägung ins Feld führen, daß — abgesehen von dem positiven Fall des § 119 Abs. 1 ZPO. — für das Vollstreckungsverfahren, das ja prozessual und kostenrechtlich eine für sich abgeschlossene selbständige Instanz bildet, das Vollstreckungsgericht dieselbe Bedeutung hat wie für das Prozeßverfahren das Prozeßgericht. Das würde also bedeuten, daß in sinngemäßer Anwendung des § 118 ZPO. beim „isolierten“ Vollstreckungsverfahren das Vollstreckungsgericht die nach § 118 ZPO. zur Entscheidung berufene Stelle ist. Damit wäre dann in der Tat § 119 Abs. 1 ZPO. als Ausnahmevorschrift hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage charakterisiert.

Dagegen spricht aber bereits die Tatsache, daß die höhere Instanz nach ihrem Ermessen das Armenrecht auch für die Zwangsvollstreckung bewilligen kann. Auch hier könnte man mir entgegenhalten: die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts kann naturgemäß erst dann einsetzen, wenn kein Prozeßverfahren mehr in Frage steht, die Instanzen also rechtskräftig beendet sind. In der Tat kann überhaupt nur in solchem Falle von einem „isolierten“ Zwangsvollstreckungsverfahren — auf welches sich die Erörterung von Breidthardt nur bezieht — gesprochen werden.

Da ist nun aber obiger Erwähnung, § 118 gehe ersichtlich von einer Verbindung mit einem Prozeßverfahren aus, die andere Erwägung entgegenzuhalten, ob nicht § 118 ZPO. bewußt ganz allgemein alle Fälle der Armenrechtsbewilligung im Auge gehabt hat und aus gutem Sinn und Zweck heraus sie alle dem Prozeßgericht übertragen hat. Dafür spricht, daß diese Regelung wirklich ihren bedeutsamen Sinn und Zweck hat. Denn nur das Prozeßgericht kann dem Gläubiger gleichsam eine Art Generalvollmacht zum zwangsweisen Vorgehen gegen den Schuldner im Armenrecht geben, gleichviel wo er ihn oder Vermögensstücke von ihm antrifft und ob der Schuldner es versteht, aus dem Bezirk eines Vollstreckungsgerichts in den eines anderen hinüberzuwechseln. Das Vollstreckungsgericht könnte — wie entgegen der ohne jede Begründung ausgesprochenen Ansicht von Seuffert-Walsmann, 1932/34, Anm. 1 am Ende zu § 118 ZPO. betont werden muß — mit dieser Wirkung das Armenrecht niemals bewilligen, einfach deshalb nicht, weil seine Funktionen auf seinen Bezirk beschränkt sind, die des Prozeßgerichts dagegen nicht. Ganz mit Recht hebt deshalb die herrschende Meinung (vgl. Förster, 1 zu § 118) hervor, daß eine einheitliche Instanz vorhanden sein muß und daß diese Instanz eben nur das Prozeßgericht sein kann (so auch KG. 19. ZivSen. v. 3. Mai 1934: JW. 1934, 1919[2]). Allein dieses Argument ist so durchschlagend, daß es nicht nur jede Veranlassung, sondern vor allem auch jede innere Berechtigung abschneidet, die in § 118 ZPO. aufgestellte gesetzliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts für irgendwelche Fälle einzuschränken und einer anderen — im Gesetz nicht genannten — Instanz zu übertragen.

Unzutreffend ist übrigens die Erwägung von Breidthardt, daß die Verwirklichung des Anspruchs ohnehin nicht der Entscheidung des Prozeßgerichts unterliege, und daß es sich mit dieser Frage nicht zu befassen habe. Das Gegenteil ergibt klar § 114 Abs. 1 Satz 2 ZPO., wonach die — stets zu prüfende — Frage der Mutwilligkeit gerade auch unter dem Gesichtspunkt vom Prozeßgericht nachzuprüfen ist, wie die Aussichten für die Beitreibung sind. Das Prozeßgericht muß also in gewissem Umfange (d. h. soweit das praktisch eben durchführbar ist) auch die Aussichten der Vollstreckung bereits von Anfang an prüfen. Geht das Gesetz aber davon aus, dann ist nicht zu ersehen, mit welchem Recht die Zuständigkeit des Prozeßgerichts für die Armenrechtsbewilligung auch für die „isolierten“ Vollstreckungsverfahren verneint werden soll.

Diese Frage ist naturgemäß von größter Bedeutung auch für die Frage der Entziehung des Armenrechts. Die Ansicht von Stein-Jonas, III zu § 121 ZPO., daß im Stadium der Vollstreckung für die Entziehung allein das Vollstreckungsgericht zuständig sei (d. h. also auch dann, wenn das Prozeßgericht das Armenrecht bewilligt hat), entbehrt jeder rechtlichen Grundlage. Es ist selbstverständlich, daß die Entziehung nur von derselben Stelle ausgesprochen werden kann, die auch das Armenrecht bewilligt hat. Nicht stichhaltig sind auch die Gründe von Breidthardt, weshalb das Prozeßgericht nicht in der Lage sein sollte, sich erforderlichenfalls die nötige Übersicht zu verschaffen, ob eine Entziehung angebracht erscheint.

Eine Ausnahme scheint allerdings nicht zu umgehen zu sein: wenn nämlich ein Gericht, das als Prozeßgericht mit der Sache befaßt oder zu befassen ist, nicht vorhanden ist. Hier

wird vielfach angenommen, daß dann in der Tat nur die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts übrigbleibt. Das gilt also für die Vollstreckung aus vollstreckbaren Urkunden. In Wahrheit gibt es aber auch hier ein Prozeßgericht. Nach § 767 Abs. 1 ZPO. sind Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, durch Klage beim Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen. Nach § 797 Abs. 5 ZPO. ist dieses Prozeßgericht bei vollstreckbaren Urkunden das Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes. Es sind keinerlei rechtliche Bedenken vorhanden, diesem Prozeßgericht nun auch alle Funktionen zuzuweisen, die nach der Prozeßordnung dem Prozeßgericht überhaupt zufallen, also auch gemäß § 118 ZPO. die Entscheidung über ein Armenrechtsgesuch nur für die Vollstreckung aus der Urkunde. Diese Lösung ergibt sich jedenfalls zwanglos aus dem Gesetz. Die andere Lösung dagegen, wenigstens in solchem Falle die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts zu bejahen, kann sich auf irgendwelche rechtlichen Grundlagen nicht stützen.

Eine Erwägung stellt Breidthardt nicht an, obwohl gerade sie es aus zwingenden praktischen Gründen wert gewesen wäre: ob nämlich neben dem Prozeßgericht auch eine Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts gegeben sein kann. Stein-Jonas, 15. Aufl., I zu § 118 bejaht „mindestens" eine solche gleichzeitige Zuständigkeit. In der Tat sprechen wesentliche praktische Momente dafür: soll die arme Partei, die mitunter nur bei raschem Zugreifen ihren Anspruch im Vollstreckungswege verwirklichen kann, das Opfer eines — negativen — Zuständigkeitsstreits zwischen Prozeßgericht und Vollstreckungsgericht werden? Dieser gar nicht so weit abliegenden Gefahr würde in der Tat nur eine Praxis abhelfen, die für die „isolierten" Vollstreckungsverfahren eine gleichzeitige Zuständigkeit annimmt. Dabei müßte dann allerdings der Gesuchsteller in Kauf nehmen, durch das Vollstreckungsgericht nur eine beschränkte Zugriffsmöglichkeit zu erhalten, so daß er unter Umständen doch noch das umfassendere Armenrecht vom Prozeßgericht sich erwirken müßte.

So verlockend nun aber auch diese Lösung erscheint, so starken rechtlichen Bedenken muß sie begegnen. Die „Konkurrenz" könnte nämlich zu anderen Schwierigkeiten führen: wie verhalten sich — bei gleichzeitig oder nacheinander erfolgtem — Anrufen beider Stellen deren Entscheidungen zueinander? Die eine bewilligt ganz, die andere zum Teil! Soll, wenn das Prozeßgericht ablehnt, das Vollstreckungsgericht bewilligen dürfen und umgekehrt? Welche Entscheidung geht vor? Wer entscheidet zuerst, wenn der Gesuchsteller etwa gleichzeitig beide Gerichte anruft? Die praktischen Vorteile, die eine gleichzeitige Zuständigkeit mit sich bringen würde, würden somit durch rechtliche Schwierigkeiten, die sich naturgemäß auch wieder praktisch auswirken würden, wieder aufgewogen. Auch Stein-Jonas geht nicht irgendwie näher auf die Frage ein, so daß seine Ansicht nicht mehr denn eine Anregung bedeutet, die aber bei näherer Betrachtung doch als unannehmbar abgelehnt werden muß. So bleibt denn in der Tat nur die ausschließliche jederzeitige Zuständigkeit des Prozeßgerichts auch für jede Art „isolierten" Vollstreckungsverfahrens.

Fehl geht Breidthardt in der Annahme, durch eine Anweisung des Ministeriums könne die Streitfrage gelöst werden. Da es sich um eine Rechtsfrage, eine Auslegung des Gesetzes handelt, ist für eine Anweisung durch die Justizverwaltung kein Raum.

Nach Drucklegung vorstehender Ausführungen wird mir die unten S. 556[2] abgedruckte Entscheidung des LArbG. Köln v. 3. Jan. 1935 bekannt. Sie bejaht ebenfalls die ausschließliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts und berücksichtigt gerade auch den Gesichtspunkt, daß sonst widersprechende Entscheidungen möglich wären.

Apothekenberechtigungen und Grundbesitzbesteuerung

Zugleich ein Beitrag zur Neugestaltung des Grunderwerbsteuerrechts

Von Reichsfinanzrat Ott, München

Die Entwicklung in der Behandlung der Apothekenberechtigungen für die Grundbesitzbesteuerung (Grundsteuer und Grunderwerbsteuer) ist durch das neue RBewG. vom 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 1035) zu einem gewissen Abschluß gekommen. Es liegt deshalb nahe, die Rechtslage darzustellen, wie sie sich durch Rechtsprechung und Gesetz gestaltet hat. Ich unterziehe mich dieser Aufgabe um so lieber, als die Ergebnisse dem Ziel entsprechen, für das ich mich für die Grunderwerbsteuer von Anfang an eingesetzt habe.

Wie ich durch den Hinweis auf das neue RBewG. schon angedeutet habe, ist die Behandlung der Apothekenberechtigungen insbesondere auch für die Grunderwerbsteuer maßgebend beeinflußt worden durch die Vorschriften über Einheitsbewertung. Nach dem GrErwStG. 1919/27 war die Steuer aus dem gemeinen Wert des Grundstücks oder dem ihn übersteigenden Veräußerungspreis zu berechnen. Durch VO. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517) 4. Teil Kap. II Art. 2 Nr. 1—6 (RGBl. I, 585) ist der Einheitswert an die Stelle des gemeinen Werts als Besteuerungsgrundlage getreten. Nach § 11 n. F. ist nämlich die Steuer grundsätzlich zu berechnen aus dem Einheitswert, der nach den Vorschriften des RBewG. auf den dem steuerpflichtigen Rechtsvorgang unmittelbar vorausgegangenen Feststellungszeitpunkt für das Grundstück (landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen und gärtnerischen Betrieb, Grundstück, Betriebsgrundstück im Sinne des RBewG.) festgestellt worden ist. Zu § 11 GrErwStG. n. F. ist die VO. über Wertermittlung bei der Grunderwerbsteuer v. 10. April 1933 (RGBl. I, 193) ergangen. Wie noch im einzelnen zu zeigen sein wird, ist durch die WertermVO. § 11 GrErwStG. in dem von mir von vornherein vertretenen Sinne klargestellt, daß für das GrErwStG. nicht mehr der Grundstücksbegriff des bürgerlichen Rechts maßgebend ist, daß vielmehr der Grundbesitz im Sinne des RBewG. auch Gegenstand der Besteuerung nach dem GrErwStG. ist (vgl. StW. 1932, 1560 ff.; 1933, 908 ff.; 1934, 684 ff. u. 1281 ff.). Im folgenden wird daher zunächst immer zu untersuchen sein, ob die Apothekenberechtigung Grundbesitz oder Bestandteil von Grundbesitz ist. Denn nur in diesem Falle kann sie noch wie der Grundsteuer so auch der Grunderwerbsteuer unterworfen werden.

Bei meiner Untersuchung gehe ich aus von den Apothekenrechten Preußens. In die für sie gefundenen Behandlungsgrundsätze lassen sich dann die Apothekenrechte der anderen Länder je nach ihrer Gestaltung leicht einordnen.

Für Preußen sind folgende Arten von Apothekenberechtigungen zu unterscheiden:

I. Die rein persönlichen Berechtigungen für die seit dem 11. Juli 1894 gemäß der KabOrd. v. 30. Juni 1894 errichteten Apotheken.

II. Die seit dem Gewerbeedikt v. 2. Nov. 1910 und der VO. wegen Anlegung neuer Apotheken v. 24. Okt. 1911 (GS. 359) verliehenen sogenannten vererblichen und veräußerlichen Apothekenkonzessionen.

III. Die vor dem Gewerbeedikt v. 2. Nov. 1910 (GS. 79) verliehenen Apothekenprivilegien.

I. Die rein persönlichen Apothekenberechtigungen.

Im Gegensatz zu den sog. vererblichen und veräußerlichen Apothekenkonzessionen (II) hat der Inhaber einer rein persönlichen Apothekenberechtigung keinen Einfluß auf die Bestimmung seines Nachfolgers. Solche Apothekenberechtigungen

können daher nicht nach Art eines Rechts übertragen werden. So ist schon für das frühere Grunderwerbsteuerrecht entschieden und die besondere Vergütung für den Verzicht auf die Apothekenberechtigung regelmäßig als Grundstückspreis behandelt worden[1]).

Die Verknüpfung der Grunderwerbsteuer mit den Einheitswerten führt in der grundsätzlichen Frage zu keinem anderen Ergebnis. Bereits die Rechtsprechung zur Vermögensteuer 1924 betrachtet eine persönlich erteilte Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke oder einer Gastwirtschaft nicht als einen selbständigen Gegenstand (RFH. v. 13. Juli 1926, I A 210/26: RFH. 19, 327 = StW. 1926 Nr. 490 = Kart. § 31 RBewG. R. 3 u. RFH. v. 22. April 1927, I A 303/26: RFH. 21, 165 = Kart. § 31 RBewG. R. 8). Nach diesen Urteilen bedeutet die Wirtschaftserlaubnis nach der Lebenserfahrung im wesentlichen eine werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks, auf dem die Wirtschaft betrieben wird; allerdings kann im Gesamtkaufpreis für ein Wirtschaftsunternehmen unter Umständen auch eine Vergütung für das Eingehen auf ein Wettbewerbsverbot und für einen besonderen Firmen- oder Geschäftswert (besonders guten Ruf, besonders gute Kundschaft) enthalten sein. Sache der Schätzung ist es dann, die bleibende, regelmäßige und durchschnittliche Werterhöhung des Grundstücks durch die Wirtschaftserlaubnis zu bestimmen. Auch für das RBewG. ist bisher in keinem Falle einer rein persönlichen Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke oder einer Gast- oder Schankwirtschaft Gegenstandseigenschaft zuerkannt worden[2]). Danach ergibt sich für die Grunderwerbsteuer folgende Rechtslage. Maßgebend für die Steuerberechnung ist der für das Apothekengrundstück festgestellte Einheitswert. Bei seiner Feststellung entscheidet die Bewertungsbehörde auch darüber, inwieweit die persönliche Apothekenberechtigung sich als werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks auswirkt. Die persönliche Apothekenberechtigung ist nach den maßgeblichen Grundsätzen des RBewG. kein der Bewertung fähiger selbständiger Gegenstand. Für die Frage, ob der Kaufpreis den Einheitswert übersteigt und deshalb der Besteuerung zugrunde zu legen ist (§ 12 GrErwStG.) ist deshalb eine etwa besonders ausgeworfene Vergütung für den Verzicht auf die Apothekenberechtigung regelmäßig als Teil des Grundstückspreises zu behandeln.

Andererseits ist es nicht ausgeschlossen, daß die Beteiligten für das außerhalb des Grundstücks mitveräußerte „Geschäft" oder „die Kundschaft" einen besonderen Betrag auswerfen, und daß dieser immaterielle Wert nach den Grundsätzen des RBewG. als besonderer bewertungsfähiger Gegenstand anzuerkennen ist (vgl. insbes. RFH. 26, 296/97). In solchem Falle stellt die Vergütung für den Geschäftswert oder die Kundschaft keinen Teil des Grundstückspreises dar. Das ist für das neue Recht durch Urt. v. 4. Mai 1933, II A 504/33: RFH. 33, 116 = StW. 1933 Nr. 497 anerkannt. Insofern hat aber die Verknüpfung der Grunderwerbsteuer mit den Einheitswerten eine Änderung des Rechtszustandes gebracht. Denn für das frühere Recht hat die Rechtsprechung grundsätzlich bei Apotheken oder Gast- und Schankwirtschaften die Möglichkeit eines grunderwerbsteuerfreien Geschäfts- oder Firmenwerts verneint, weil eine amtliche Betriebserlaubnis erforderlich sei und infolgedessen diese Geschäfte mehr oder weniger örtlich gebunden seien[3]). Meine Bedenken gegen die frühere Rechtsprechung habe ich in der 3. Aufl. S. 58/59 und StW. 1930, 593 geltend gemacht; wegen aller Einzelheiten kann darauf und auf StW. 1931, 1327 ff. verwiesen werden.

II. Die sog. veräußerlichen und vererblichen Apothekenkonzessionen aus der Zeit zwischen 1810 und 1894.

Bei den zwischen 1810 und 1894 genehmigten Apotheken spricht man von veräußerlichen und erwerblichen Apothekenkonzessionen. Nach der KabO. v. 5. Okt. 1846 muß die Betriebserlaubnis dem vom bisherigen Inhaber der Apotheke vorgeschlagenen gehörig vereigenschafteten Apotheker erteilt werden. Der Verzicht auf die Konzession gegen Entgelt wirkt unter diesen Umständen im Ergebnis wie eine Rechtsübertragung. RG. und PrOVG. haben darum auch die wirkliche Vergütung für den Erlaubnisverzicht nicht der Grundwechselabgabe unterworfen. Im Gegensatz dazu hat der RFH. das mit dem Grundstück veräußerte Betriebsrecht in ständiger Rechtsprechung ohne weiteres als Grundstücksbestandteil oder werterhöhende Eigenschaft des Apothekergrundstücks behandelt[4]). RFH: StW. 1926 Nr. 135 = Kart. § 2 R. 5 hat sogar eine selbständige (subjektiv-persönliche) Apothekengerechtigkeit als werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks behandelt[5]).

Mit dem überwiegenden Schrifttum[6]) habe ich die Rechtsprechung von jeher bekämpft und insbesondere darauf hingewiesen, daß das sog. veräußerliche und vererbliche Betriebsrecht von der Volksauffassung als ein selbständiges Wirtschaftsgut betrachtet wird[7]). Die Gesetzesentwicklung hat dieser Ansicht recht gegeben. Bei der Einheitsbewertung werden Apothekenbetriebsrechte, die zwar persönlich verliehen, infolge eines von der Verwaltung beachteten Vorschlagsrechtes des Inhabers oder dessen Erben aber wie veräußerliche und vererbliche Rechte anzusehen sind, als selbständige Wirtschaftsgüter anerkannt und als bewegliche Gegenstände des gewerblichen Betriebsvermögens bewertet[8]). In dem für das Apothekengrundstück festgestellten Einheitswert ist das Betriebsrecht nicht enthalten. Wie ich bereits in StW. 1931, 1329 und 1932, 1570 näher ausgeführt habe, kommt infolge der Maßgeblichkeit des Einheitswertes für die Berechnung nach § 11 GrErwStG. n. F. die Grunderwerbsteuerstelle gar nicht mehr an das Betriebsrecht heran. Denn auch der Veräußerungspreis kann nach §§ 11 und 12 GrErwStG. n. F. natürlich auch nur insoweit mit dem Einheitswert verglichen werden, als er sich auf das Apothekergrundstück bezieht.

Zum selben Ergebnis ist der 2. Sen. im Urt. v. 4. Mai 1933, II A 504: RFH. 33, 116 = StW. 1933 Nr. 497 ge-

---

1) Vgl. RFH. v. 17. Sept. 1929, II A 461/29: StW. 1930 Nr. 382 u. Ott, 3. Aufl., S. 67, Anm. 81 zu § 1 GrErwStG.

2) Vgl. dazu das grundlegende Urt. v. 28. Febr. 1930, II A 84/28: RFH. 26, 285 (296/97) = StW. 1930 Nr. 571 = Kart. § 31 RBewG. 1925 R. 19—21 über die Behandlung immaterieller Werte und Geschäftswerte nach dem RBewG.

3) RFH. 8, 9 (12) = StW. 1922 Nr. 209; RFH.: StW. 1930 Nr. 631 u. 1413 für Apotheken; RFH.: StW. 1923 Nr. 617 u. 1927 Nr. 114 u. 189 u. RFH.: StW. 1930 Nr. 631 für Apotheken und Gast- oder Schankwirtschaften.

4) RFH. 1, 220 (222) = JW. 1920, 165; RFH. 4, 158 (beide zu TarNr. 11a RStempG.); RFH. 8, 9 (11) = StW. 1922 Nr. 269 = JW. 1922, 834 (Bergschmidt) = Kart. § 12 R. 2; RFH.: StW. 1926 Nr. 489; RFH. v. 27. Juli 1928, II A 356/28: StW. 1928 Nr. 638 = Kart. § 12 Abs. 1 S. 1 R. 47 für hessische Apotheken mit entsprechend gestaltetem Betriebsrecht; RFH. v. 8. April 1930, II A 168/30: StW. 1930 Nr. 631 u. Sp. 592 (Ott) = Kart. § 12 Abs. 2 S. 1 R. 56 für hamburgische Apotheken gewisser Art u. RFH. v. 23. Juli 1930, II A 378/30: StW. 1930 Nr. 1413 = Kart. § 12 Abs. 1 R. 27 für bayerische Apotheken im Sinne von §§ 11 ff. VO. v. 27. Juni 1913 (GVBl. 343).

5) Vgl. 3. Aufl., S. 77, Anm. 20 zu § 2; vgl. dagegen RFH. 24, 48 = StW. 1928 Nr. 710 = Kart. § 2 Nr. 4 UmsStG. R. 13: Verpachtung umsatzsteuerpflichtig, wenn für preuß. Apothekenprivileg kein Grundbuchblatt angelegt ist.

6) Berolzheimer S. 107 (5); Boethke: DStBl. 1923, 111 ff.; Boethke-Bergschmidt S. 35 (c) u. S. 166 (10); Hagelberg-Krämer S. 31 (f) u. Meilicke: VJZ. 1928, 297.

7) Vgl. im einzelnen Ott: StArch. 1926, 373 u. 3. Aufl., S. 63 ff. u. StW. 1930, 592.

8) Vgl. das grundlegende Urt. v. 28. Febr. 1930, II A 84/28: RFH. 26, 285 (296/97) = StW. 1930 Nr. 571 = Kart. § 31 RBewG. 1925 R. 19—21; vgl. ferner für preußische Apothekenbetriebsrechte, die zwischen 1810 u. 1894 verliehen worden sind, RFH. 18, 120 = StW. 1926 Nr. 124; RFH. v. 20. März 1930, III A 320/29: StW. 1930 Nr. 907 = Kart. § 31 RBewG. R. 25; RFH. v. 17. Juli 1930, III A 412/30: Kart. § 31 R. 30; für bayerische, für die nach §§ 11 ff. VO. v. 27. Juni 1913 (GVBl. 343) eine Abfindung zu zahlen ist, RFH. v. 29. Sept. 1928, I A 330/28: StW. 1928 Nr. 871; für hessische RFH. v. 4. April 1930, II A 103/30: StW. 1930 Nr. 903 = Kart. § 31 RBewG. 1925 R. 26; für ältere mecklenburg-schwerinsche RFH. v. 4. Mai 1926, I A 136/26: StW. 1926 Nr. 447; RFH. v. 23. Okt. 1928, I A 545/28; RFH. v. 4. Sept. 1930, III A 666/30 = Kart. § 31 RBewG. R. 38; für bremische RFH. v. 9. Aug. 1926, VI A 815/25: StW. 1926 Nr. 514.

kommen. Zu entscheiden war gerade die Frage, ob die Vergütung, die für den Verzicht auf ein sog. veräußerliches und vererbliches Apothekenbetriebsrecht gezahlt war, unter dem Gesichtspunkt des Entgelts für eine werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks zur Steuer herangezogen werden könne. Im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung hat der 2. Sen. diese Frage für die unter die Herrschaft von § 11 GrErwStG. n. F. und der WertermVO. v. 10. April 1933 fallenden Fälle verneint. Seitdem für die Veranlagung der Grunderwerbsteuer durch die NotVO. v. 1. Dez. 1930 überall der gemeine Wert durch den Einheitswert ersetzt ist, hat — so wird im Urt. unter Hinweis auf § 11 GrErwStG. n. F. und §§ 2 und 3 WertermVO. v. 10. April 1933 (RGBl. I, 193) ausgeführt — nicht mehr die Veranlagungsbehörde, sondern die Bewertungsbehörde bei der Feststellung des Einheitswerts nach den in erster Linie maßgebenden Vorschriften des RBewG. zu entscheiden, ob und inwieweit eine werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks vorliegt. Dieses Urteil ist über den entschiedenen Fall hinaus von grundlegender Bedeutung. Denn darin bekennt sich der RFH. unzweideutig und klar zu dem Standpunkt, daß der Begriff des Grundbesitzes, wie ihn das RBewG. für die Einheitsbewertung entwickelt hat, auf Grund von § 11 GrErwStG. n. F. und der diese Vorschrift klarstellenden §§ 1, 2 und 3 WertermVO. auch für den Gegenstand der Besteuerung nach dem GrErwStG. maßgebend ist[9]). Im einzelnen darf ich verweisen auf StW. 1933, 905 ff.; 1934, 681 ff. und 1278 ff., insbesondere 1286/87.

Ich fasse das Ergebnis zusammen. Die veräußerlichen und vererblichen Apothekenbetriebsrechte gehören zum Gewerbekapital und kommen für die Gewerbesteuer in Betracht (vgl. § 53 RBewG. 1931 und § 44 Abs. 1 GewStRahmenG.)[10]). Sie sind kein Grundbesitz und unterliegen daher weder der Grundsteuer noch der Grunderwerbsteuer.

Aus ihrer Verkehrsfähigkeit als selbständiger Wirtschaftsgüter und ihrer Grunderwerbsteuerfreiheit ergibt sich aber zugleich auch eine andere Folge. Ihre Übertragung bedeutet eine Lieferung oder Leistung i. S. von § 1 UmsStG. und ist daher mit 2% des Entgelts umsatzsteuerpflichtig (vgl. § 2 Nr. 8 UmsStG. 1932 und § 4 Nr. 9 UmsStG. 1934).

Die Umsatzsteuerpflicht tritt insbesondere auch dann ein, wenn der Apothekenbetrieb im ganzen gegen Entgelt veräußert wird. Die Veräußerung ist in diesem Falle der letzte Akt der gewerblichen Tätigkeit des Veräußerers[11]).

III. Die Apothekenprivilegien alten Rechts.

1. Selbständige grundstücksgleiche Apothekengerechtigkeiten.

Bei den Apothekenprivilegien alten Rechts handelt es sich um veräußerliche und vererbliche Berechtigungen zum Betrieb einer Apotheke, die vor dem Gewerbeedikt v. 2. Nov. 1910 von der Staatsgewalt verliehen worden sind. Dabei ist zu unterscheiden. Sie können entweder als sog. selbständige Gerechtigkeiten oder dem jeweiligen Eigentümer eines bestimmten Grundstücks verliehen sein. Wie ich in der 3. Aufl. S. 76 Anm. 19 zu § 2 GrErwStG. näher erörtert habe, unterliegen die selbständigen Gerechtigkeiten nur dann den für Grundstücke geltenden Vorschriften, wenn sie ein Grundbuchblatt erhalten hatten. Nur in diesem Falle war ihre Übertragung nach § 2 GrErwStG. steuerpflichtig. Mangels einer Eintragung im Grundbuch waren sie schon nach altem Recht grunderwerbsteuerfrei.

Die Verknüpfung der Grunderwerbsteuer mit den Einheitswerten hat auch Grunderwerbsteuerfreiheit für die grundstücksgleichen selbständigen Apothekengerechtigkeiten zur Folge. Die Apothekengerechtigkeit ist eine Gewerbegerechtigkeit i. S. des RBewG., nämlich eine Berechtigung, „deren Ausübung allein schon ein Gewerbe begründen könnte" (§ 45 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 3 Satz 1 RBewG. 1931 und § 58 Abs. 1 RBewG. 1934). Als weitere Gewerbeberechtigungen kommen in Betracht Mineralgewinnungsrechte, Mühlenrechte, Fähr- und Fischereigerechtigkeiten, Abdeckereigerechtigkeiten. Die grundstücksgleichen Gewerbeberechtigungen gelten nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift nicht als Betriebsgrundstücke oder Grundstücke; sie gehören vielmehr zum Gewerbekapital (§ 45 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 3 Satz 1 und § 54 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 RBewG. 1931 und § 58 Abs. 2 Satz 1 RBewG. 1934). Wie in der Begründung zum StAnpG. (RTDrucks. 1928 Nr. 568 S. 253) ausgeführt ist, sind die Gewerbeberechtigungen nach ihrer Natur der gegebene Gegenstand für die Gewerbesteuer und nicht für die Grundsteuer. Um ihre Heranziehung zur Grundsteuer auszuschließen, hat man sie bereits bei der Begriffsbestimmung des Betriebsgrundstücks ausdrücklich ausgenommen[12]). Danach ist die grundstücksgleiche Apothekengerechtigkeit kein Grundbesitz i. S. des RBewG. und kann daher weder der Grundsteuer noch der Grunderwerbsteuer unterworfen werden (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 1 und §§ 2 und 3 WertermVO.).

Grundbesitz sind nur die in Grund und Boden oder Gebäuden bestehenden Bestandteile der Apothekengerechtigkeit (§ 45 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 3 Satz 2 und § 54 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 RBewG. 1931 sowie § 58 Abs. 3 RBewG. 1934). Das kann vorkommen, wenn der grundstücksgleichen Apothekengerechtigkeit ein Grundstück, wie z. B. das Apothekengrundstück, im Grundbuch als Bestandteil nach § 890 Abs. 2 BGB. zugeschrieben ist. In diesem Falle wird für das Grundstück, wie sonst für Betriebsgrundstücke oder Grundstücke, ein besonderer Einheitswert festgestellt und dabei etwaige Maschinen und sonstige zu einer Betriebsanlage verwendeten Vorrichtungen ausgeschieden (§ 45 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 1 und § 54 Abs. 1 Satz 1 RBewG. 1931 sowie § 50 Abs. 1 Satz 2 und § 57 RBewG. 1924). Mit diesem gewissermaßen gebrauchsfertigen Einheitswert unterliegt das Grundstück dann der Grundsteuer und Grunderwerbsteuer.

Da die grundstücksgleiche Apothekengerechtigkeit für die Grunderwerbsteuer ausscheidet, unterliegt ihre entgeltliche Veräußerung der Umsatzsteuer (§§ 1 u. 2 Nr. 8 UmsStG. 1932 sowie §§ 1 u. 4 Nr. 9 UmsStG. 1934).

2. Mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundene Apothekengerechtigkeiten.

Die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundene — subjektiv-dingliche — Apothekengerechtigkeit gilt nach § 96 BGB. als Bestandteil des Grundstücks. Bei einer Veräußerung geht sie mit dem Grundstück auf den Erwerber über und wurde dementsprechend nach dem alten Recht mit zur Grunderwerbsteuer herangezogen.

Für das neue Grunderwerbsteuerrecht schien zunächst keine Änderung einzutreten. Denn die Rechtsprechung zum RBewG. 1925 hat sich zunächst an den Wortlaut von § 154 Abs. 1 (= § 13 Abs. 1 RBewG. 1931) gehalten und die subjektiv-dingliche Apothekenberechtigung als Bestandteil des Grundstücks behandelt und zusammen mit dem Grundstück bewertet[13]). Im Schrifttum haben sich aber sehr bald Sewe-loh[14]) und ich[15]) gegen die Rechtsprechung gewendet und gefordert, daß, wie die grundstücksgleichen, so auch die subjektiv-dinglichen Gewerbeberechtigungen unter Voranstellung ihres Inhalts gegenüber der Rechtsform als Teile des Gewerbekapitals und nicht als Grundstücksbestandteile behandelt würden. In diesem grundsätzlichen Sinne hat dann auch später der für die Bewertung zuständige 3. Sen. für das RBewG. 1925 und 1931 entschieden, daß z. B. subjektiv-dingliche Wassernutzungsrechte[16]) oder Braurechte[17]) trotz

[9]) Vgl. ferner § 5 Abs. 2 WertermVO. Danach sind die Grundsätze in §§ 28—43, 45, 50 Abs. 3, 54—57 RBewG. für die in gewissen Fällen vorzunehmende Stichtagsbewertung entsprechend anzuwenden. Die hier für maßgebend erklärten Vorschriften des RBewG. umgrenzen zunächst jeweils den Gegenstand der Bewertung.

[10]) Vgl. StW. 1934, 1296/97 u. Anm. 23 u. 23 a.

[11]) Urt. v. 24. Mai 1931, V A 416/31: RFH. 29, 22 = StW. 1931 Nr. 753 u. Sp. 836; vgl. auch StW. 1934, 1306 u. Anm. 33.

[12]) Vgl. StW. 1932, 1373; 1934, 694/95 u. 1296 ff.

[13]) RFH., Urt. v. 7. Febr. 1928, I A 11/28: RFH. 23, 11/14 = StW. 1928 Nr. 343 u. RFH. v. 23. Juli 1931, III A 279/31.

[14]) StW. 1932, 136 u. 142; 1933, 486/87, 1034/35, 1421/22 u. 1934, 1422.

[15]) Vgl. StW. 1931, 1371—75 u. 1932, 1576.

[16]) Urt. v. 27. Juli 1932, III A 857/31: StW. 1932 Nr. 1104 u. Urt. v. 23. Febr. 1933, III A 497/32: StW. 1933 Nr. 321.

[17]) Urt. v. 7. Sept. 1933, III A 225/33: StW. 1933 Nr. 809.

ihrer Eigenschaft als Grundstücksbestandteile nach § 96 BGB. steuerlich nicht zum Grundvermögen gehören. Das neue RBewG. hat nunmehr die Frage auch gesetzlich gelöst. Nach § 58 Abs. 2 RBewG. 1934 gelten Gewerbeberechtigungen, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, nicht als Bestandteile des Betriebsgrundstücks.

So ist also im weiteren Verlaufe durch Rechtsprechung und Gesetzgebung klargestellt worden, daß die subjektiv-dingliche Apothekenberechtigung nach dem RBewG. kein Bestandteil vom Grundbesitz mehr ist. Sie scheidet sowohl für die Grundsteuer als auch für die Grunderwerbsteuer aus.

Aus der Gleichstellung mit der grundstücksgleichen selbständigen Apothekenberechtigung ergibt sich andererseits, daß auch die entgeltliche Übertragung einer subjektiv-dinglichen Apothekenberechtigung der Umsatzsteuer unterliegt.

IV. Zusammenfassung. Die Freilassung der veräußerlichen Apothekenberechtigungen und sonstiger grundstücksgleicher und subjektiv-dinglicher Gewerbegerechtigkeiten von der Grunderwerbsteuer als Fortführung eines schon in § 11 Satz 2 GrErwStG. 1919 urspr. Fass. enthaltenen Gedankens (Herausnahme der Maschinen und Betriebsanlagen aus der Grundstücksbewertung zur Verhütung einer Gewerbebesteuerung).

Die sog. veräußerlichen und vererblichen Apothekenberechtigungen sowie die grundstücksgleichen und die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Apothekenberechtigungen unterliegen also nicht mehr der Grunderwerbsteuer, sondern der Umsatzsteuer. Das Ergebnis entspricht der Volksanschauung (§ 1 StAnpG.). Denn diese Wirtschaftsgüter sind kein Grundbesitz, sondern Rechte, die ihrer Natur nach zum Gewerbekapital gehören. Wie ich schon erwähnt habe, waren auch nach früherem Grunderwerbsteuerrecht die selbständigen Apothekengerechtigkeiten nur dann steuerpflichtig, wenn sie im Grundbuch eingetragen waren. Diese Möglichkeit war ihnen eröffnet, um sie dem Immobilienkredit nutzbar zu machen. Die Verdinglichung der Gewerbeberechtigungen entspricht nicht mehr dem heutigen Volksempfinden und ist in § 10 Abs. 2 GewO. ausdrücklich untersagt. Im übrigen bedeutet die Freilassung der veräußerlichen Apothekenberechtigungen und der Gewerbeberechtigungen überhaupt von der Grunderwerbsteuer nur die folgerichtige Durchführung eines Gedankens, der in seinem Kerne schon in § 11 Satz 2 GrErwStG. 1919 urspr. Fass. enthalten war und danach in § 154 Abs. 2 = § 13 Abs. 2 RBewG. 1931 übernommen wurde. Nach § 11 Satz 2 GrErwStG. waren nämlich Maschinen und Vorrichtungen aller Art, die zu einer Betriebsanlage des Grundstücks verwendet waren, aus der Grundstücksbesteuerung herauszunehmen, weil verhütet werden sollte, daß in die Grunderwerbbesteuerung der Charakter einer Gewerbesteuer hineinkomme[18]).

V. Beibehaltung der Maßgeblichkeit des Grundbesitzes auch für die Grunderwerbbesteuerung bei der Umgestaltung des GrErwStG. als ein Gebot nationalsozialistischer Rechtserneuerung.

Die Freilassung der erwähnten Apothekenberechtigungen und der sonstigen grundstücksgleichen oder mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Gewerbeberechtigungen von der Grunderwerbsteuer entsprechend der Natur dieser Wirtschaftsgüter ist die Folge davon, daß nicht mehr das Grundstück im Sinne des bürgerlichen Rechts, sondern der Grundbesitz im Sinne des RBewG. der Grunderwerbsteuer unterliegt. Wie ich schon eingangs erörtert habe, ergibt sich das für das geltende Grunderwerbsteuerrecht aus § 11 GrErwStG. n. F. in Verbindung mit §§ 1—3 und 5 Abs. 2 WertermVO. Mit Wirkung v. 1. Jan. 1935 an ist die Maßgeblichkeit des Begriffs des Grundbesitzes auch für die Besteuerung nach dem GrErwStG. aber auch im neuen RBewG. selbst gesetzlich festgelegt. Denn nach § 18 Abs. 2 RBewG. 1934 gilt der Erste Abschnitt der besonderen Bewertungsvorschriften nach näherer Regelung durch die in Betracht kommenden Gesetze auch für die Grundsteuer, die Gewerbesteuer, die Erbschaftsteuer und die Grunderwerbsteuer. Daneben gelten grundsätzlich auch die allgemeinen Bewertungsvorschriften (§§ 1—17) des ersten Teils (§ 18 Abs. 3 RBewG. 1934). Der Erste Abschnitt des zweiten Teils (§§ 20 bis 66 RBewG.) regelt die Einheitsbewertung. Weitergehend als das RBewG. 1931 (§ 20 Abs. 2) betrachtet also das RBewG. 1934 auch die Erbschaftsteuer und die Grunderwerbsteuer als „Einheitswertsteuern". Allerdings ist in § 18 Abs. 2 RBewG. nähere Regelung durch die in Betracht kommenden Gesetze vorbehalten. Danach besteht für das erst noch umzugestaltende GrErwStG. immerhin noch eine gewisse Freiheit. Diese Freiheit wird aber ihre gegebene Grenze in dem Sinn und Zweck der Einheitsbewertung finden müssen. Die Zusammenfassung der gesamten Bewertung in einem besonderen Verfahren in der Hand besonders geeigneter Behörden (bisher Steuerausschuß mit besonderen Abteilungen für Grundbesitz und für Gewerbe — künftig BelegenheitsFA. oder BetriebsFA. mit Beirat) und die Maßgeblichkeit der Einheitswerte für die Reichsvermögensteuer, die Grundsteuer, die Gewerbesteuer, die Erbschaftsteuer und die Grunderwerbsteuer dient der Vereinheitlichung und Vereinfachung. Diesen großen Zielen der Reinhardtschen Steuerreform würde es widersprechen, wenn etwa bei der Umgestaltung des GrErwStG. im Gegensatz insbesondere auch zur Grundsteuer der Grundstücksbegriff des bürgerlichen Rechts für maßgebend erklärt werden sollte. Bleibt wie bisher der Grundbesitz im Sinne des RBewG. Besteuerungsgrundlage auch für die Grunderwerbsteuer, so wird sich auch in Zukunft die Veranlagung der Grunderwerbsteuer verhältnismäßig einfach gestalten. Im Regelfalle[19]) werden die Grunderwerbsteuerstellen den für Grundbesitz (Grundstücke, Betriebsgrundstücke, landwirtschaftliche oder forstwirtschaftliche Betriebe) von der Bewertungsbehörde festgestellten Einheitswert ohne jede weitere Prüfung übernehmen und daraus, soweit erforderlich, nach Ausscheidung von Inventar, Maschinen und Betriebsanlagen (§ 11 Abs. 1 Halbsatz 2 und Satz 2 GrErwStG. und § 4 Abs. 1 WertermVO.) die Steuer berechnen können. Wesentlich anders würde es für die Verwaltung werden, wenn das GrErwStG. nicht mehr den Grundbesitz nach dem RBewG., sondern das Grundstück im Sinne des bürgerlichen Rechts besteuern wollte. Dann müßte in jedem einzelnen Falle die Grunderwerbsteuerstelle zunächst immer erst noch untersuchen, ob und inwieweit der Gegenstand des festgestellten Einheitswerts mit einem Grundstück im Sinne des bürgerlichen Rechts auch wirklich übereinstimmt. Soweit das nicht der Fall ist, würden sich sehr wesentliche, wenn nicht unlösbare Schwierigkeiten ergeben. Man denke insbesondere an die Fälle, in denen der Einheitswert Wirtschaftsgüter nicht enthält und nicht enthalten kann, die das RBewG. im Gegensatz zum bürgerlichen Recht nicht als Grundstücksbestandteile anspricht, wie z. B. eine mit dem Eigentum am Grundstück verbundene Apothekenberechtigung. Solange die Bewertung im übrigen nach den Grundsätzen des RBewG. zu erfolgen hat, wäre es nicht möglich, einen einheitlichen Wert zu erhalten, in dem das Apothekengrundstück unter Berücksichtigung der werterhöhenden Eigenschaft seines bürgerlichen Bestandteils, der Apothekenberechtigung, enthalten wäre. Ich habe das an der Hand der Brandentschädigung als eines weiteren Beispiels in StW. 1934, 690/91 erörtert und kann auf diese Ausführungen verweisen.

Außer der Freilassung der sog. veräußerlichen und ver-

[18]) Vgl. Begr. S. 21 u. 3. Aufl., S. 301 Anm. 34 ff.; ferner StW. 1934, 688 u. 1306.

[19]) Für Sonderfälle ist in § 5 WertermVO. eine besondere Bewertung nach den Verhältnissen am Stichtag (Stichtagsbewertung) vorgesehen. Bei den Sonderfällen handelt es sich im wesentlichen entweder um Grundbesitz, für den die Feststellung des Einheitswerts nicht vorgeschrieben ist, oder um Fälle, in denen eine Besteuerung nach dem bisherigen Einheitswert ungerechtfertigt wäre, weil sich in der Zeit zwischen dem Einheitswert-Feststellungszeitraum und dem Stichtag der Wert wesentlich geändert hat. Man denke vor allem daran, daß ein Grundstück beim Einheitswert-Feststellungszeitpunkt unbebaut war, am Stichtag aber bereits bebaut ist. Auch für die Stichtagsbewertung sind naturgemäß die Grundsätze des RBewG. über die Einheitsbewertung maßgebend.

erblichen Apothekenberechtigungen sowie der grundstücksgleichen und mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundener Gewerbeberechtigungen von der Grunderwerbsteuer und ihre Unterwerfung unter die Umsatzsteuer hat die Maßgeblichkeit der Grundsätze des RBewG. auch für die Grunderwerbsteuer im wesentlichen zur Folge: einmal die Freilassung der Bahneinheit als solcher und die Beschränkung der Steuerpflichtigkeit auf die in der Bahneinheit zusammengefaßten Grundbesitze, zum andern die Steuerpflichtigkeit der auf fremdem Grund und Boden errichteten Gebäude. Nach dem RBewG. wird die Bahneinheit nicht als Rechtseinheit mit Grundstückscharakter behandelt. Es werden vielmehr die in der Bahneinheit zusammengefaßten Gegenstände als selbständige Gegenstände eines gewerblichen Betriebsvermögens angesehen und je nach ihrer Natur nach den hier in Betracht kommenden Vorschriften des RBewG. bewertet[20]). Gebäude, die auf fremdem Grund und Boden errichtet sind, behandelt das RBewG. ohne Rücksicht darauf, ob sie nach bürgerlichem Recht Grundstücksbestandteile sind oder nicht, als Grundstücke oder Betriebsgrundstücke (§§ 45 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 54 Abs. 3 RBewG. 1931 sowie §§ 50 Abs. 3, 57 RBewG. 1934). Auch in diesen Fällen entsprechen die Ergebnisse der Natur dieser Gegenstände und damit der gesunden Volksanschauung (§ 1 StAnpG.). Was insbesondere die Gebäude auf fremdem Grund und Boden angeht, so sind sie ihrem Wesen nach Grundbesitz und keine beweglichen Sachen[21]).

So gehen die Grundsätze des RBewG. über die Umgrenzung des Grundbesitzes unmittelbar aus von den natürlichen Erscheinungen des Lebens. Entwickelt aus steuerlichem Bedürfnis enthalten sie vielleicht doch auch manches, was bei der Erneuerung des bürgerlichen Grundstücksrechts beachtet werden könnte.

In der allgemeinen Einführung zu „Die neuen Steuergesetze", S. 18/19, bezeichnet es Staatssekretär Reinhardt als einen Mangel im bisherigen Steuerrecht, daß gleiche Gegenstände in den verschiedenen Gesetzen begrifflich verschieden behandelt wurden, und daß manche Begriffe in den verschiedenen Gesetzen verschieden bestimmt waren. Danach möchte ich annehmen, daß der Grundbesitz im Sinne des RBewG. Besteuerungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer bleibt und so die Einheitlichkeit insbesondere auch gegenüber der Grundsteuer gewahrt wird. Weiter wird in diese Einheitlichkeit aber auch noch die Wertzuwachssteuer einzubeziehen sein.

Nachtrag

Während der Drucklegung dieser Abhandlung hat der Reichsminister der Finanzen am 22. Jan. 1935 Durchführungsbestimmungen zum Grunderwerbsteuergesetz erlassen (GrErwDurchfBest.) und im RMBl. 1935, 38 und RStBl. 1935, 97 veröffentlicht. Nach § 10 Abs. 1 GrErwDurchfBest. sind unter Grundstücken (§ 1 GrErwStG.) Grundstücke i. S. des bürgerlichen Rechts zu verstehen. In § 10 Abs. 2 sind den Grundstücken grundstücksgleiche Rechte i. S. des bürgerlichen Rechts gleichgestellt, z. B. das Erbbaurecht, das Bergwerkseigentum, die Bahneinheit, die Apothekengerechtigkeit. Wider Erwarten ist damit der Grundstücksbegriff des bürgerlichen Rechts für maßgebend erklärt. Den Durchführungsbestimmungen ist keine Begründung beigegeben. Ich vermag deshalb nicht zu überblicken, welche sachlichen Gründe dafür maßgebend waren, die Sache so zu regeln. Auch wird noch zu prüfen sein, ob die Änderung, die § 10 GrErwDurchfBest. gegenüber der bestehenden Gesetzeslage (§ 11 GrErwStG. n. F. und § 18 Abs. 2 RBewG. 1934) bedeutet, eine genügende Rechtsgrundlage in § 12 RAbgO. hat.

[20]) Vgl. StW. 1932, 1580 u. 1934, 695 u. 1285 mit Anm. 6 u. 1304.

[21]) Vgl. StW. 1934, 693 u. Anm. 5/6; StW. 1932, 1568/69 u. 1931, 1331.

Ergebnisse einer statistischen Erhebung über die wirtschaftliche Lage der beim Kammergericht beschäftigten Referendare

Von Referendar Wolfgang Menschell, Berlin

Gemäß der von dem Reichsgruppenleiter der Jungjuristen, Pg. Rühle, M. d. R., mit dem Staatssekretär im Reichsjustizministerium Dr. Freisler getroffenen Vereinbarung fand im Januar bei den zur Zeit beim Kammergericht beschäftigten Referendaren eine statistische Erhebung über ihre wirtschaftliche Lage statt. Diese Erhebung diente vor allem dazu, sofort positive Unterlagen für die Weiterarbeit zu erlangen, außerdem aber zur praktischen Erprobung des für die allgemeine Statistik vorgesehenen Fragebogens.

Von der Statistik wurden 202 Referendare erfaßt. Die wesentlichsten Ergebnisse der Befragung dieser 202 Jungjuristen, die nach keiner Hinsicht irgendwie besonders ausgewählt worden sind, sollen hier dargestellt werden. Es wäre selbstverständlich möglich gewesen, die Fragebogen noch nach einer Anzahl weiterer Gesichtspunkte auszuwerten, insbes. die Verhältnisse der Referendare näher zu beleuchten, deren Eltern verstorben sind, ferner derjenigen, deren Unterhaltsmittel aus den verschiedenartigsten Quellen fließen, sowie derer, die bei geringem Einkommen der Eltern noch eine Anzahl unversorgter Geschwister haben. Ebenso hätte es sich verlohnt, die Lage der verheirateten Referendare einer eingehenderen Betrachtung zu unterziehen. Alle diese Untersuchungen, die im Rahmen der in Kürze im ganzen Reich durchgeführten Statistik erfolgen werden, können nach dem Eindruck des bereits vorliegenden Materials das Bild nur verdüstern, nicht aber erhellen.

Eins darf bei der Betrachtung der nachfolgenden Zahlen nicht vergessen werden: Jede Zahl bedeutet Menschenschicksale, und wenn die Zahl, aus der ein besonders schwerer Lebensweg spricht, auch manchmal nur klein ist, so müssen wir daran denken, daß gerade hier Jungjuristen vor uns stehen, die trotz aller Widrigkeiten Diener des Rechts sein und bleiben wollen und lieber ein Leben unter jahrelangen Entbehrungen auf sich nehmen, als von ihrem Beruf lassen.

Zu den einzelnen Ergebnissen der Erhebung sei vorweg bemerkt, daß sich die angegebenen Hundertsätze, falls nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt ist, auf die Gesamtzahl der erfaßten Referendare beziehen.

I. Altersaufbau (Stichtag: 31. Dez. 1934).

24—26 Jahre alt:	107	Referendare =	52,9 %
27—29 „ „ :	74	„ =	36,6 %
30—32 „ „ :	14	„ =	7,0 %
33 u. mehr „ „ :	7	„ =	3,5 %
	202	Referendare =	100,0 %

II. Personenstand.

ledig:	158	Referendare =	78,21 %
verlobt:	31	„ =	15,35 %
verheiratet:	13	„ =	6,44 %
	202	Referendare =	100,00 %

Hierzu ist zu bemerken, daß vom bevölkerungspolitischen Standpunkt aus nicht nur die verlobten Referendare als gegenwärtige „Heiratskandidaten" zu betrachten sind, daß es vielmehr bei einer Anzahl von Referendaren lediglich aus wirtschaftlichen Gründen bisher nicht zu einer Verlobung gekommen ist. Ein Referendar gibt dies in seiner Beantwortung ausdrücklich an.

III. Einkommensverhältnisse der Eltern.

A. Die Eltern haben ein Einkommen:

a) unter 200 RM bei	41	Referendaren	= 20,3%
b) von 200—300 RM bei	34	"	= 16,8%
c) von 300—500 RM bei	66	"	= 32,7%
d) über 500 RM bei	61	"	= 30,2%
	202	Referendare	= 100,0%

Bei Referendaren, deren Eltern erst kürzlich verstorben sind, und die von Verwandten erhalten werden, ist noch das letzte Einkommen der Eltern zugrunde gelegt worden. Das gleiche ist bei verwaisten Referendaren auch dann geschehen, wenn sie sich zur Zeit völlig aus eigenem Verdienst, Darlehn oder Unterhaltszuschuß unterhalten. In manchen Fällen erschien es jedoch nach dem Gesamtinhalt des Fragebogens sachlich richtiger, eine andere Einstufung vorzunehmen. Es wurde jedenfalls stets eine einwandfreie, ungefärbte Bewertung angestrebt.

B. Ein Einkommen von:

a) unter 500 RM haben also die Eltern von	141	Referendaren	= 69,8%
b) über 500 RM die Eltern von	61	"	= 30,2%
zusammen	202	Referendare	= 100,0%

IV. Zahl der Referendare mit unversorgten Geschwistern.

A. Unversorgte Geschwister haben von den Referendaren, deren Eltern ein Einkommen haben von:

a) unter 200 RM	11	= 5,4%
b) von 200—300 RM	11	= 5,4%
c) von 300—500 RM	35	= 17,3%
d) über 500 RM	40	= 19,8%
zusammen	97	= 47,9%

Insgesamt haben also fast die Hälfte aller Referendare noch unversorgte Geschwister. Besonders groß ist die Zahl bei den Referendaren, deren Eltern über 500 RM Einkommen haben. Daraus darf natürlich nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden, daß in diesen Familien eine höhere Kinderzahl vorhanden ist als in den Familien mit geringerem Einkommen. Die Aufstellung beweist vielmehr nur, daß in den besser verdienenden Familien eine größere Zahl von Kindern Berufe ergreifen, die eine lange Ausbildungszeit erfordern, und dadurch erst später als die anderen zu wirtschaftlicher Selbständigkeit gelangen. Darüber hinaus ergibt sich aus dieser und der folgenden Tabelle, daß das höhere Einkommen des Vaters durchaus noch nicht ohne weiteres eine Ausbildungszeit ohne wirtschaftliche Schwierigkeiten gewährleistet.

B. Drei und mehr unversorgte Geschwister haben von den Referendaren, deren Eltern ein Einkommen haben von:

a) unter 500 RM	4	= 2%
b) über 500 RM	8	= 4%
zusammen	12	= 6%

Acht von den Referendaren, deren Eltern ein Einkommen von über 500 RM haben, haben also noch drei oder mehr unversorgte Geschwister. Sie stehen damit in den meisten Fällen nicht besser da als Referendare, deren Eltern ein geringeres Einkommen, aber keine weiteren Kinder mehr zu unterhalten haben, zumal in vielen Fällen das Einkommen nur wenig über der Grenze von 500 RM liegt.

Einer von diesen Referendaren, der Sohn eines bereits im Ruhestand lebenden Beamten mit einem Ruhegehalt von über 500 RM, hat noch vier unversorgte Geschwister und erhält daher Unterhaltszuschuß.

Unberücksichtigt geblieben ist bei den beiden vorangegangenen Aufstellungen noch die ganz beträchtliche Zahl der sonstigen Geschwister, deren Ausbildung abgeschlossen ist und die bereits im Erwerbsleben stehen, für die aber in der Vergangenheit ebenfalls mehr oder weniger große Aufwendungen gemacht worden sind. Außer Betracht geblieben sind auch die Fälle, in denen bei sonst leidlichem Einkommen durch längere Krankheit in der Familie oder durch Verschuldung (Bürgschaftsverpflichtungen, Hypothekenschulden) die wirtschaftlichen Verhältnisse eine mehr oder weniger starke Verschlechterung erfahren. Schließlich tritt in der Aufstellung eine Anzahl von Fällen nicht in die Erscheinung, in denen die Eltern weiteren Geschwistern zwar nicht vollen Unterhalt gewähren, aber doch noch zu dessen Kosten beisteuern.

V. Unterhaltszuschuß.

A. Insgesamt erhalten Unterhaltszuschuß	35	Referendare	= 17,3%
B. Von den 41 Referendaren, deren Eltern unter 200 RM Einkommen haben, erhalten Unterhaltszuschuß dieser Referendare.	26	"	= 63,4%
C. Von 22 Referendaren, deren Eltern unter 300 RM Einkommen und die noch unversorgte Geschwister haben, erhalten Unterhaltszuschuß lediglich dieser Referendare.	8	"	= 36,3%

Aus diesen drei Aufstellungen erhellt mit aller Deutlichkeit, wie unzulänglich die zur Zeit für Unterhaltszuschüsse zur Verfügung gestellten Mittel sind. Man kann hiergegen nicht einwenden, daß ein Teil dieser Referendare deshalb keine Zuschüsse erhalten habe, weil er keine überdurchschnittlichen Leistungen vorzuweisen habe. Mancher dieser unter B und C aufgeführten Referendare wäre sicher durchaus fähig, bessere Leistungen zu vollbringen, hätte er nicht Tag für Tag um die Mittel für die allerbescheidensten Lebens- und Ausbildungsbedürfnisse zu kämpfen. Die räumlich vielfach sehr beschränkten häuslichen Verhältnisse und der stete Gedanke an ihr und ihrer Familie Schicksal läßt diese Referendare nicht zu ruhiger und gesammelter Arbeit kommen.

VI. Lebensunterhalt.

A. Bereits oben (V) haben wir gesehen, daß Unterhaltszuschuß erhalten:	35	Referendare	= 17,3%
B. Lediglich auf Kosten der Eltern oder von Verwandten leben:	136	"	= 67,3%
C. Nur von eigenem Verdienst leben:	12	"	= 5,9%
zusammen	183	Referendare	= 90,5%
D. Die übrigen Referendare, deren Zahl beträgt: erhalten einen Teil ihres Lebensunterhaltes von Eltern oder Verwandten, während sie ihn zum andern Teil durch Nebenverdienst oder die Aufnahme von Darlehen decken.	19		= 9,5%
E. Von den Referendaren, die Unterhaltszuschuß beziehen, haben einige daneben keinerlei andere Mittel für ihren Lebensunterhalt zur Verfügung. Es sind dies: Von diesen sind zwei verheiratet.	9	Referendare	= 4,4%
F. Insgesamt bestreiten ihren Unterhalt lediglich durch Unterhaltszuschuß, eigenem Verdienst oder die Aufnahme von Darlehen, jedenfalls ohne Beihilfe von Eltern oder Verwandten:	25	"	= 12,3%
a) Von diesen 25 Referendaren haben die Eltern ein Einkommen unter 500 RM und außerdem noch unversorgte Geschwister zu unterhalten bei:	7	Referendaren	= 3,5%
b) Ein Einkommen von unter 500 RM, jedoch ohne weitere unversorgte Geschwister, bei:	18	"	= 8,8%
c) Ein Einkommen über 500 RM bei:	0	"	

VII. Zum Schluß soll noch versucht werden, einen zusammenfassenden Gesamtüberblick über die wirtschaftliche Lage der 202 Referendare zu gewinnen. Gerade hier sei noch einmal betont, daß die Eingruppierung mit großer Vorsicht nach dem Gesamtinhalt der Fragebogen und ohne jede Tendenz erfolgt ist.

Danach kann die wirtschaftliche Lage bezeichnet werden als:

a) gut bei	36	Referendaren	= 17,8%
b) mittelmäßig bei	70	"	= 34,7%
c) schlecht bei	54	"	= 26,7%
d) sehr schlecht bei	42	"	= 20,8%
	202	Referendare	= 100,0%

Bei wenigstens 96 Referendaren = 47,5%, d. h. also bei

fast der Hälfte aller Referendare, sind die wirtschaftlichen Verhältnisse derart, daß eine Ausbildung, wie sie der nationalsozialistische Staat verlangen muß und erwartet, nicht gewährleistet ist.

Dieses Ergebnis hat eine bemerkenswerte Bestätigung gefunden, die für seine Richtigkeit spricht. Völlig unabhängig von dieser Statistik hat der Gaugruppenleiter Jungjuristen in München etwa gleichzeitig mit ihr mit Unterstützung der bayerischen Justizverwaltung eine Erhebung bei allen Münchener Referendaren durchgeführt. In seinem an den Reichsgruppenleiter Jungjuristen gerichteten Bericht, der dem Verfasser erst nach Fertigstellung dieses Artikels zu Gesicht gekommen ist, gibt er die Zahl der „bedürftigen" Referendare mit 47,5% der Gesamtzahl an, also mit genau dem gleichen Hundertsatz, der hier als notleidend bezeichnet worden ist.

Wer wollte gegenüber solchen Zahlen noch behaupten, daß die vom Reichsjuristenführer, Reichsminister Dr. Frank, geleitete Aktion zur Erhaltung der schöpferischen Kraft des juristischen Nachwuchses keine Grundlage in den tatsächlichen Verhältnissen finde?

Noch einmal zur Frage der Anfechtung der Rassenmischehe

In JW. 1934, 2594 habe ich eine Stelle aus Luthers Buch „Vom ehelichen Leben" zitiert. In dieser im Jahre 1522 geschriebenen Stelle hat Luther noch weitgehende Toleranz gegenüber den konfessionellen Mischehen gezeigt. Ich bin von verschiedenen Seiten dankenswerterweise darauf hingewiesen worden, daß Luther jedenfalls in seinen späteren Lebensjahren eine grundsätzlich andere Stellung gegenüber den Juden eingenommen habe. Ich habe mich aus Luthers Werk „Von den Juden und ihren Lügen", das im Jahre 1543 erschienen ist, in der Tat davon überzeugt, daß Luther an seinem Lebensende in ganz außerordentlich scharfer Weise gegen die Juden Stellung genommen hat.

RA. Dr. Matzke, Berlin.

Welche Rechtswirkungen hat die Zusage des Wohlfahrtsamtes, für eine mittellose Mietspartei die Miete ganz oder teilweise zu bezahlen?

Folgender praktische Fall gab den Anlaß zu nachstehenden Erörterungen.

Eine mittellose Familie konnte die Miete für ihre Wohnung — monatlich 25 RM — nicht mehr aufbringen. Das zuständige Wohlfahrtsamt einer Landgemeinde sagte dem Mieter zu, daß es in Zukunft einen monatlichen Mietzuschuß von 20 RM leisten werde. In den folgenden Monaten zahlte der Mieter an seinen Vermieter jeweils 5 RM, während das Wohlfahrtsamt 20 RM an den Vermieter abführte.

Nach einiger Zeit unterblieben in zwei aufeinanderfolgenden Monaten die Zahlungen durch das Wohlfahrtsamt. Nun stellte der Vermieter Klage auf Räumung, und zwar sofortige Räumung nach § 554 BGB. Der Bekl. bestritt seine Verpflichtung zur Räumung.

Das Gericht vertrat den Standpunkt:

Der Mieter sei mit der Miete während zweier aufeinanderfolgenden Monaten teilweise im Rückstand geblieben, also müsse er räumen. Die Abmachungen zwischen Mieter und Wohlfahrtsamt berührten den Vermieter nicht. Der Mieter hätte dafür sorgen müssen, daß der Mietzuschuß von 20 RM rechtzeitig, allmonatlich an den Vermieter bezahlt werde.

Dieser Standpunkt des Gerichts ist m. E. im nationalsozialistischen Staat schon deshalb unhaltbar, weil durch denselben der Zweck einer staatlichen Anordnung vereitelt wird. Es wird lediglich verlangt werden müssen, daß in einem solchen Falle das Wohlfahrtsamt seinen Beschluß dem Vermieter mitteilt.

In dem hier vorl. Falle hätte das Gericht sogar annehmen können, daß der Vermieter das Wohlfahrtsamt dadurch als Mitschuldner angenommen habe, daß er mehrere Monate hintereinander die Zahlungen vom Wohlfahrtsamt entgegengenommen habe. Allein die Zustimmung des Vermieters zu den Beschlüssen des Wohlfahrtsamtes ist gar nicht erforderlich. Der totale Staat kann doch die Möglichkeit der Durchführung seiner Anordnung nicht in das Belieben von Privatpersonen stellen. Mit Zustellung des Beschlusses an den Vermieter hat dieser für den vom Wohlfahrtsamt übernommenen Teil der Miete einen neuen Schuldner bekommen. Es ist nicht etwa eine alternative Schuld entstanden, sondern durch den Beschluß des Wohlfahrtsamtes ist der Mieter von einem Teil seiner Mietschuld befreit worden.

Nur durch diese Auslegung kann die staatliche Anordnung ihren Zweck erreichen, dem Mieter unter allen Umständen seine Wohnung zu erhalten. Wenn das Gericht den Standpunkt vertrat, durch eine öffentlich-rechtliche Anordnung habe das Wohlfahrtsamt nicht in einen privatrechtlichen Vertrag eingreifen können, so ist seine Ansicht so individualistisch, daß sie im Dritten Reich nicht mehr vertretbar ist.

Der totale Staat nimmt für sich das Recht in Anspruch, privatrechtliche Verträge aufzuheben, abzuändern oder zu ergänzen, wenn das Wohl der Volksgesamtheit diese Maßnahme erfordert.

Ein Beispiel eines derartigen Eingriffes enthält § 39 Abs. 3 REG. Auch dort räumt sich der Staat das Recht ein, als Schuldner in ein privatrechtliches Schuldverhältnis einzutreten, unter Entlassung des bisherigen Schuldners aus dem Schuldverhältnis. Der Mieter kann nur zur sofortigen Räumung verurteilt werden, wenn er mit Zahlung der Miete in Verzug geraten ist. Ist er aber nicht mehr Schuldner, so konnte er gar nicht in Verzug geraten. Das Ergebnis ist also, daß durch die Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung der Miete durch das Wohlfahrtsamt der Vermieter den § 554 BGB. gegen seinen Mieter nicht mehr anwenden kann.

JR. E. Börger, Bad Reichenhall.

Der große Befähigungsnachweis im Handwerk

Die 2. und 3. Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks

Vor $^5/_4$ Jahrhunderten wurden die letzten Reste der uralten handwerklichen Zunftverfassung in Preußen durch die Einführung der Gewerbefreiheit beseitigt. Seitdem kämpfte das gesamte deutsche Handwerk zähe und unverdrossen mit wechselndem Erfolge gegen die schrankenlose Gewerbefreiheit und ihre schädlichen Auswüchse. Als Meilensteine auf diesem Wege sind bekannt: Das allgemeine deutsche Handwerkerparlament zu Frankfurt a. M. im Jahre 1848, das bereits eine deutschem Wesen entsprechende Gewerbeverfassung verlangte. Bismarck gewährte dem deutschen Handwerk in den 80er Jahren die Wiederbelebung seines Innungswesens. Das HandwerkerG. des Jahres 1897 brachte die Handwerkskammern, Zwangsinnungen und die Wiederauferstehung der staatlichen Meisterprüfung. Im Jahre 1908 fand dieser Kampf seinen vorläufigen Abschluß mit der Einführung des sogenannten kleinen Befähigungsnachweises. Er bestimmte, daß künftig nur noch Handwerker mit Meisterprüfung das Recht zur Anleitung von Lehrlingen besitzen sollten. Danach schien die Kampfkraft des Handwerks für sein altes Hochziel, den großen Befähigungsnachweis, der die Aufhebung der schrankenlosen Gewerbefreiheit für den Wirtschaftsbereich des Handwerks bedeutete, erlahmt zu sein. Über den Weltkrieg, den Zusammenbruch des Bismarck-Reiches und die Inflation verrannen 20 lange und schicksalsschwere Jahre, ehe ein kleiner Schritt weitergetan werden konnte auf dem Wege handwerklicher Gesetzgebung. Das Jahr 1929 brachte lediglich die Einführung der Handwerksrolle. Es ist dies eine bei den Handwerkskammern geführte Kartei aller selbständigen Handwerker. Der Wirtschafts- und Staatszusammenbruch, die furchtbare Geißel der Schwarzarbeit und des Pfuschertums vermochten die Gesetzgeber des Staates von Weimar nicht davon zu überzeugen, daß nunmehr die Zeit reif war, um den alten Wunsch des Handwerks auf Einführung des großen Befähigungsnachweises zu erfüllen. Nur der Handwerks**meister** sollte danach künftig einen Handwerksbetrieb eröffnen dürfen. Der Nationalsozialismus hat unter Adolf Hitlers Führung trotz größter und schwersten Sorgen und Nöte anderer Art zielbewußt das deutsche Handwerk auf seinem alten Weg unbeirrt weitergeführt. Schon das Jahr der Machtergreifung brachte das ErmächtG. über den vorläufigen Aufbau des Handwerks auf der Grundlage der Pflichtinnung und des Führergrundsatzes. Um die Mitte des zweiten Regierungsjahres Adolf Hitlers erhielt das Handwerk mit den Pflichtinnungen und der handwerklichen Ehrengerichtsbarkeit die notwendigen festen Grundlagen für seinen ständischen Gliederungsbau. Der Beginn des Jahres 1935 fügte den Schlußstein in das Aufbauwerk. Er brachte die Umgestaltung der Handwerkskammern nach dem Führergrundsatz und den sogenannten großen Befähigungsnachweis. Der von einigen Kammern seit Jahresfrist freiwillig geschaffene amtliche Berufsausweis wurde als Handwerkskarte gesetzlich festgelegt. Sie soll künftig vor allem als Ausweis über die Eintragung in der Handwerksrolle bei der Anmeldung des Gewerbebetriebes dienen.

Die beiden VO. (RGBl. v. 23. Jan. 1935) sind am 24. Jan. 1935 in Kraft getreten und bringen im einzelnen folgende Neuerungen:

1. Die Handwerkskammern werden künftig nach dem Füh-

rergrundsatz geleitet. Sie unterstehen der Aufsicht des Reichswirtschaftsministers.

Der Vorsitzende und sein Stellvertreter werden von dem RWiM. nach Anhörung des Deutschen Handwerks- und Gewerbekammertags ernannt und abberufen.

Der Vorstand der Handwerkskammer besteht aus dem Vorsitzenden, seinem Stellvertreter, aus höchstens sieben von dem Vorsitzenden besonders zu berufenden Mitgliedern und einem von dem Vorsitzenden zu ernennenden Obmann der Gesellen.

Zur Beratung und Unterstützung des Vorsitzenden und des Vorstandes wird ein Beirat gebildet, dessen Mitglieder von dem Vorsitzenden auf die Dauer von drei Jahren ernannt werden.

Mitglied des Beirats kann nur sein, wer Reichsangehöriger, in die Handwerksrolle eingetragen und zur Anleitung von Lehrlingen berechtigt ist.

Der Vorsitzende führt die Handwerkskammer.

Soweit bisher eine Beschlußfassung oder Mitwirkung des Vorstandes oder der Vollversammlung vorgeschrieben war, tritt an deren Stelle eine Beratung im Vorstande der Handwerkskammer. Die Befugnisse des Gesellenausschusses werden durch den Obmann der Gesellen wahrgenommen.

2. a) Berechtigung zum selbständigen Betrieb eines Handwerks.

Der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe ist nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen gestattet.

Die Handwerkskammer hat ein Verzeichnis zu führen, in das alle natürlichen und juristischen Personen einzutragen sind, die in dem Bezirk der Handwerkskammer selbständig ein Handwerk als stehendes Gewerbe betreiben (Handwerksrolle).

In die Handwerksrolle sind auch die mit einem Unternehmen des Handels, der Industrie, der Landwirtschaft oder sonstiger Gruppen der Wirtschaft verbundenen Handwerksbetriebe einzutragen, in denen in der Regel Waren zum Absatz an Dritte auf Bestellung hergestellt oder handwerkliche Leistungen auf Bestellung Dritter bewirkt werden (handwerkliche Nebenbetriebe).

In die Handwerksrolle wird nur eingetragen, wer die Meisterprüfung für das von ihm betriebene oder für ein diesem verwandtes Handwerk bestanden hat oder die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen in einem dieser Handwerke besitzt. Der Meisterprüfung stehen die gem. § 133 Abs. 10 GewO. für das Deutsche Reich anerkannten Prüfungen gleich. Der Deutsche Handwerks- und Gewerbekammertag bestimmt, welche Handwerke als verwandt i. S. dieser VO. gelten.

Die höhere Verwaltungsbehörde kann für ausgebildete Industriefacharbeiter mit fünfjähriger Tätigkeit in Sonderfällen nach Anhörung der Handwerkskammer Ausnahmen bewilligen.

Wer den Voraussetzungen für das von ihm hauptsächlich betriebene Handwerk genügt, darf in seinem Betriebe auch Arbeiten in anderen Handwerken ausführen.

Eine juristische Person darf in die Handwerksrolle nur eingetragen werden, wenn der Betriebsleiter, bei handwerklichen Nebenbetrieben der Leiter des Nebenbetriebes, den obigen Erfordernissen genügt.

Für Handwerker-Witwen, minderjährige Erben, Nachlaßverwalter und -pfleger sowie Testamentsvollstrecker sieht § 6 eine Ausnahme für ein Jahr vor.

b) Verfahren bei Eintragung und Löschung in der Handwerksrolle.

Über die Eintragung in die Handwerksrolle hat die Handwerkskammer eine Bescheinigung auszustellen (Handwerkskarte).

Wird der Gewerbetreibende in der Handwerksrolle gelöscht, so ist die Handwerkskarte zurückzugeben.

Gegen die beabsichtigte Eintragung in die Handwerksrolle kann binnen vier Wochen Einspruch erhoben werden. Bei seiner rechtskräftigen Zurückweisung sind jedoch künftig Innungs- und Kammerbeiträge rückwirkend nachzuzahlen.

c) Anzeige-, Auskunftspflicht, Strafbestimmungen.

Wer den selbständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe anfängt, hat gleichzeitig mit der nach § 14 GewO. für das Deutsche Reich zu erstattenden Anzeige der hiernach zuständigen Behörde die über die Eintragung in der Handwerksrolle ausgestellte Handwerkskarte vorzulegen.

Die Reihenfolge der Meldungen ist künftig also umgekehrt. Bisher wurde zunächst der Gewerbebetrieb bei der Gemeindebehörde und nachträglich bei der Handwerkskammer gemeldet.

Die Fortsetzung eines entgegen den Vorschriften dieser VO. ausgeübten selbständigen Handwerksbetriebes kann polizeilich verhindert werden.

Die Gewerbetreibenden sind verpflichtet, der Handwerkskammer zum Zwecke der Eintragung in die Handwerksrolle auf Erfordern Auskunft über Art und Umfang ihres Betriebes, über die Zahl der im Betriebe beschäftigten gelernten und ungelernten Personen, über die Zahl und die Art der verwendeten Maschinen und über handwerkliche Prüfungen des Betriebsinhabers zu geben. Die Handwerkskammer ist befugt, die Betriebsräume und Betriebseinrichtungen durch besondere Beauftragte besichtigen zu lassen.

Die Bestellung und Abberufung eines Betriebsleiters sowie die Namen der gesetzlichen Vertreter der in die Handwerksrolle eingetragenen juristischen Personen sind der Handwerkskammer unverzüglich anzuzeigen, desgleichen die Beendigung des Handwerksbetriebes.

§ 19 sieht Geldstrafen bis zu 150 RM und Haft bis zu vier Wochen bei Pflichtverletzungen vor.

d) Übergangs- und Schlußbestimmungen.

Natürliche Personen, die vor dem 1. Jan. 1932 in die Handwerksrolle eingetragen sind, bleiben eingetragen, auch wenn sie den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 nicht entsprechen.

Natürliche Personen, die nach dem 31. Dez. 1931 in die Handwerksrolle eingetragen sind und die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 nicht erfüllen, bleiben eingetragen, sofern sie vor dem 1. Jan. 1900 geboren sind oder bis zum 31. Dez. 1939 den Nachweis erbringen, daß sie den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 nunmehr genügen.

Natürliche Personen, die, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein, bei dem Inkrafttreten dieser VO. ein Handwerk als stehendes Gewerbe selbständig betreiben und ihr Gewerbe gem. § 14 GewO. für das Deutsche Reich ordnungsmäßig angezeigt haben, sind von Amts wegen in die Handwerksrolle einzutragen, auch wenn sie den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 nicht entsprechen; sie sind bereits vor der Eintragung zur Fortsetzung ihres Gewerbebetriebes berechtigt. Die Eintragung ist zu löschen, wenn der Gewerbetreibende nach dem 31. Dez. 1899 geboren ist und nicht bis zum 31. Dez. 1939 den Nachweis erbringt, daß er den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 nunmehr genügt.

Für die nachträgliche Ablegung der Meisterprüfung gelten die Bestimmungen des § 133 GewO. für das Deutsche Reich mit folgenden Maßgaben:

1. Die Zulassung zur Meisterprüfung darf nicht von dem Nachweis einer ordnungsmäßigen Lehrzeit oder von der Ablegung einer Gesellenprüfung abhängig gemacht werden;

2. für die Zulassung zur Meisterprüfung genügt der Nachweis einer fünfjährigen praktischen Tätigkeit als Facharbeiter oder selbständiger Gewerbetreibender in dem Handwerk, in dem die Meisterprüfung abgelegt werden soll oder in einem ihm verwandten Handwerk. Ist die Gesellenprüfung in dem betreffenden Handwerk oder in einem ihm verwandten Handwerk abgelegt, so genügt der Nachweis einer dreijährigen praktischen Tätigkeit, auf die die Zeit der Selbständigkeit anzurechnen ist.

Der Weg zum Handwerk steht also auch nach den neuen Bestimmungen grundsätzlich jedem Deutschen offen. Es muß nur jeder neu selbständig werdende Handwerker seine Berufsbefähigung durch die Meisterprüfung nachweisen. Das Handwerk wird damit in seiner arteigenen Weise den gleichen Befähigungsnachweis erhalten, der dem Einzelhandel durch sein Schutzgesetz durch die sogenannte Eignungsprüfung gewährt wurde.

Das neue Gesetz gewährt nicht nur dem Handwerk, sondern auch seinen Kunden Schutz vor Pfuschern und Schwarzarbeitern. Das Gesetz schafft Ordnung in der nationalen Arbeit des deutschen Handwerks. Es ist ein grundlegender Wendepunkt in der Geschichte der deutschen Gewerbegesetzgebung.

Dr. Jeschke, Berlin.

Neuer Gläubigerschutz in der Zwangsversteigerung

Die VO. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung v. 26. Mai 1933 enthält die Vollstreckungsschutzbestimmungen, die bei der zwangsweisen Verwertung von städtischem Grundbesitz zu beachten sind. Zum Schutze des Schuldners dienen die Bestimmungen der §§ 5 ff., die von Amts wegen berücksichtigt werden müssen und im einzelnen regeln, unter welchen Voraussetzungen das Versteigerungsverfahren zunächst auf 6 Monate und gegebenenfalls bei dem spätestens innerhalb 6 Monaten nach Ablauf der Einstellungsfrist von dem Gläubiger zu stellenden Fortsetzungsantrag einstweilen einzustellen bzw. erneut einzustellen ist. Da diese einstweilige Einstellung wiederholt jedesmal auf 6 Monate stattfinden kann, ohne daß etwa eine Höchstzahl von Einstellungsmöglichkeiten vorgeschrieben würde, kann das Vollstreckungsgericht einem Schuldner, der in absehbarer Zeit zur Sanierung seines Besitzes in der Lage scheint, auf Grund obiger Vorschriften zur Erhaltung seiner Liegenschaft verhelfen, z. B. bei pünktlicher Leistung der laufenden angemessenen Zinsen und monatlichen Teilzahlungen auf etwaige Zinsrückstände, sowie, wenn möglich, bei tragbaren Amortisationsquoten auf das Kapital.

Der Schuldnerschutz versagt in den Fällen, in denen keine sichtbare Möglichkeit besteht, daß der Eigentümer jemals wieder die

Grundstücksverhältnisse wird ordnen können. Darüber hinaus ist von einer einstweiligen Einstellung des Verfahrens abzusehen, wenn zwar an sich die Voraussetzungen auf der Schuldnerseite gegeben sind, aber dem betreibenden Gläubiger ein unverhältnismäßiger Nachteil durch Verzögerung der Vollstreckung erwachsen würde oder wenn mit Rücksicht auf Beschaffenheit oder sonstige Verhältnisse des Grundstücks angenommen werden muß, daß eine erst später durchgeführte Versteigerung einen wesentlich geringeren Erlös bringen dürfte. Diese Vorschrift ist, was sich von selbst versteht, eng auszulegen.

Wo der Vollstreckungsschutz zugunsten des Schuldners nicht zugebilligt werden kann, muß Versteigerungstermin anberaumt werden.

Zum Schutze der nachrangigen Gläubiger wird im § 1 der eingangs erwähnten VO. dem Gläubiger, dessen Recht ganz oder teilweise innerhalb der $^7/_{10}$-Grenze des vom Vollstreckungsgericht vor Beginn der Bietungsstunde festzusetzenden Grundstückswerts liegt, das Recht eingeräumt, die Versagung des Zuschlages wegen zu geringen Gebotes zu beantragen. —

Im Gesetze heißt es, daß bei Zurückbleiben des Meistgebots hinter $^7/_{10}$ des Grundstückswerts ein Berechtigter, dessen Anspruch ganz oder teilweise durch das Meistgebot nicht gedeckt wird, aber bei einem Gebot in Höhe von $^7/_{10}$ des Grundstückswerts voraussichtlich gedeckt sein würde, die Versagung des Zuschlages beantragen kann; dieser Antrag ist nur abzulehnen, wenn ein vorgehender Gläubiger glaubhaft macht, daß ihm durch eine Hinausschiebung der Vollstreckung ein unverhältnismäßiger Nachteil erwachsen würde.

Diese Befugnis hat der begünstigte Gläubiger nur einmalig, d. h. in einem späteren Versteigerungstermin kann er nach § 1 der VO. nicht verhindern, daß das Grundstück dem Reflektanten für ein Gebot zugeschlagen wird, das hinter der $^7/_{10}$-Grenze zurückbleibt, und bei dem er mit seiner Forderung ausfällt.

An dieser Stelle setzt neuerdings in vielen Fällen der erweiterte Gläubigerschutz ein, ein Schutz, der im Augenblick noch auf ungeschriebenem Recht beruht, aber in Kürze gesetzlich festgelegt werden wird. —

Steht beispielsweise im Grundbuch an erster Stelle eine Hypothek von 100 000 *RM* aus dem Jahre 1924, sowie an zweiter Stelle eine im Jahre 1926 wieder eingetragene gesetzliche Aufwertungshypothek in Höhe von 25% der ursprünglich erststelligen 100 000 PM. in Höhe von 25 000 GM. eingetragen, und beträgt der Grundstückswert 180 000 *RM*, so liegt unter Berücksichtigung eines bevorrechtigten Steueranspruchs von 6000 *RM* und rückständiger Zinsen der ersten Post von 4000 *RM* die Aufwertungshypothek mit 16 000 GM. innerhalb der $^7/_{10}$-Grenze des Grundstückswerts. Werden im ersten Versteigerungstermin von einem durch die erste Hypothekengläubigerin geworbenen Reflektanten 100 000 *RM* geboten, ein Betrag, bei dem auch das erstrangige Recht nicht voll befriedigt wird, kann die Gläubigerin der Aufwertungshypothek in der Regel die Hinausschiebung des Termins um 3—6 Monate erreichen, wenn sie den Antrag aus § 1 rechtzeitig, d. h. unmittelbar nach Schluß der Versteigerung, stellt. Im nächsten Termin erhielt bisher der Interessent für 100 000 *RM* den Zuschlag, womit die zweite Stelle leer ausging.

Seit einiger Zeit weisen nun die Vollstreckungsrichter in den dem skizzierten Beispiel entsprechenden Fällen bereits im ersten Versteigerungstermin darauf hin, daß der Gläubiger der ersten Hypothek und der Grundstücksreflektant nicht damit rechnen dürften, daß es im zweiten Termin zu einem Eigentumswechsel kommen werde, wenn der Gläubiger der Aufwertungspost voll ausfalle. Die Begründung dafür, daß das Vollstreckungsgericht seine Mitwirkung für solche Rechtsverwirklichungen ablehnen müsse, lautet in bestimmter Form kurz, klar und richtig dahin, daß es solche Rechtsverluste für schon reichlich benachteiligte Gläubiger nicht (mehr) gibt, daß es selbstverständlich ist, daß der Aufwertungsgläubiger geschützt wird und daß es nationalsozialistischen Grundsätzen widersprechen würde, unter Außerachtlassung der Belange der Aufwertungsgläubiger ihnen die letzten 25% ihres ursprünglich 100%ig vollwertigen Kapitals zu nehmen. —

Die Richter regen entgegenkommenderweise an, daß zwischen dem erststelligen und dem nachrangigen Hypothekengläubiger eine Einigung über eine angemessene Beteiligung des Aufwertungsgläubigers am Erlös herbeigeführt und ihnen nachgewiesen werden müsse, da erst dann die Versteigerung zum Abschluß gebracht werden könne.

Es gibt natürlich heute noch Gläubiger erstrangiger Rechte, die sich gegen solches ungeschriebene Recht glauben sperren zu sollen und meinen, ihnen geschähe Unrecht, wenn ihre bessere Sicherung nicht voll respektiert werde. Solche Gläubiger verkennen den Zug der Zeit und denken nicht daran, daß bereits auf anderen Gebieten, z. B. in dem gigantischen Werk der landwirtschaftlichen Schuldenregelung und Sanierung vom Gesetzgeber auf den Charakter der Ansprüche abgestellt wird und nicht auf die äußerlich erstklassige Form der Dekkung; sie übersehen, daß der für seine Kreditforderung 150%ig durch prima Effekten gesicherte Bankier ein viel schlechter gestellter Gläubiger des Bauern ist, als der kleine ungesicherte Handwerker oder Lieferant oder der nicht weit vom Schornstein eingetragene Gläubiger einer gesetzlichen Aufwertungshypothek, dessen Anspruch nicht gekürzt werden darf, während ihm im Range vorgehende nicht mündelsichere Grundpfandrechte bis zu 50% im Zwangsvergleich abgewertet werden können. —

Aber die Richter haben es schon jetzt in der Hand, die nachrangigen Aufwertungsgläubiger über den Rahmen des § 1 VO. v. 26. Mai 1933 hinaus zu schützen; sie heben, gestützt auf die Generalklausel des § 227 ZPO., die Versteigerungstermine von Amts wegen so lange auf, bis ihnen dargetan wird, daß die Aufwertungsgläubiger einen angemessenen Teil des Erlöses erhalten bzw. in den Fällen, in denen die vorgehenden Gläubiger solche Ausgleichung ablehnen, bis das neue Gesetz die Ansprüche der Aufwertungsgläubiger wie auch u. U. gewisser anderer Gläubigerkreise schützt. — Die Aufhebung des Termins von Amts wegen kann nach obiger Bestimmung bei Vorliegen erheblicher Gründe durch nach herrschender Ansicht unanfechtbaren Beschluß erfolgen. Den Beteiligten, die noch nicht verstehen können, daß bei obigem Sachverhalt ein erheblicher Grund für die Hinausschiebung der lediglich die Interessen eines Gläubigers berücksichtigenden Vollstreckung gegeben ist, muß geantwortet werden, daß im Dritten Reich eine Verkehrung von Recht in Unrecht durch rein geistige Gesetzesanwendung ausgeschlossen ist und daß nur die Richter dem Volksempfinden gemäß entscheiden, die bei einem Auseinanderfallen von Recht und Paragraphen diese unter das Recht zu beugen wissen. —

RA. Dr. Werner Tiedke, Berlin.

Die Entstehung des Pfandrechts des Adreßspediteurs

A.

Der Versandspediteur hat auf Grund des § 50 ADSp. außer dem gesetzlichen Pfandrecht für die konnexen Forderungen an dem Frachtgute ein vertragliches Pfandrecht wegen seiner sonstigen Forderungen, insbes. aus früheren Versendungen. Stand das Frachtgut nicht im Eigentum des Versenders, so fühlte sich der Eigentümer durch das Pfandrecht beschwert und versuchte die Gültigkeit desselben zu verneinen. Die Rspr. hat jedoch alle geltend gemachten Bedenken bis jetzt zerstreut, so daß die Frage der Rechtsgültigkeit des Pfandrechts in einem dem Spediteur günstigen Sinne als geklärt anzusehen ist (vgl. RG. 113, 427 = JW. 1927, 681; RG. 118, 250 = JW. 1928, 558).

Der Empfangsspediteur soll nach § 50 ADSp. die gleiche Rechtsstellung wie der Versandspediteur haben; aber die Rechtsprechung hierüber ist nicht einheitlich. Es sind in letzter Zeit hauptsächlich folgende Gründe, welche gegen die Entstehung des Pfandrechts des Empfangsspediteurs geltend gemacht worden sind (vgl. JW. 1933, 867; 1934, 2723):

Der Empfangsspediteur nehme ein Gut, das vorher weder im unmittelbaren Besitz des Auftraggebers des Spediteurs (des Frachtgut-Empfängers) noch im unmittelbaren Besitz des Spediteurs gewesen sei, von dem Frachtführer — also meist von der Eisenbahn oder von dem Schiffer — für den Empfänger in Empfang und behandele es nach den Weisungen des Empfängers.

Durch diese Inbesitznahme entständen keine Pfandrechte, weil der gute Glaube des Spediteurs an die Verfügungsbefugnis seines Auftraggebers, des Empfängers, hier versage gegenüber dem dinglichen Rechte des Dritten (z. B. des Lieferanten, welcher das Gut unter Eigentumsvorbehalt verkauft hat). Denn nach § 1207 BGB. müßten die entsprechenden Regeln über den gutgläubigen Eigentumserwerb angewendet werden, und nach § 932 Satz 2 BGB. versage der gute Glaube, wenn der Erwerber (Spediteur) den Besitz des Pfandgutes nicht von dem Besteller des Pfandrechts erlangt habe.

Ein derartiger Fall kann beim Spediteur in der Weise vorkommen, daß infolge einer Fehlauslieferung oder durch ein sonstiges Versehen (Verwechselung) ein Frachtstück auf sein Lager gelangt, das für den Spediteur gar nicht bestimmt war. Stellt sich dann später heraus, daß das Frachtstück aus dem Besitz eines Kunden des Spediteurs stammt, gegen welchen der Spediteur noch Forderungen aus früheren Transporten hat, so kann der Spediteur nach § 932 Satz 2 BGB. sich nicht auf seinen guten Glauben beim Erwerb des Pfandrechts berufen, weil er den Besitz des Gutes nicht von seinem Schuldner erlangt hat, sondern durch dritte Personen. Das Gut war nicht mit dem Willen des Schuldners in den Besitz des Spediteurs gelangt. Der Kunde hat es vielmehr durch einen anderen versenden wollen, und es ist durch ein Versehen in den Besitz des Spediteurs gekommen.

Das gleiche würde gelten, wenn der Spediteur, um sich eine Pfandsicherung für Forderungen von seinem Kunden zu verschaffen, durch verbotene Eigenmacht sich in den Besitz eines anscheinend diesem gehörigen Gutes setzte.

Nur an diese Fälle hat der Gesetzgeber gedacht, als er die Wirksamkeit des guten Glaubens des Pfandrechtserwerbers einschränkte.

Wenn jedoch, wie im Falle des Empfangsspediteurs, das Gut mit dem Willen und gemäß der Weisung des Auftraggebers (des Empfängers) von der Eisenbahn oder von dem Schiffer an den Spediteur ausgeliefert wird, so rührt eben der Besitz des Spediteurs von dem Auftraggeber her, auch wenn nicht gerade eine unmittelbare Übertragung des unmittelbaren Besitzes von dem Auftraggeber auf den Spediteur vorliegt.

Das Gesetz verlangt ja nicht, daß zur unbeschränkten Wirksamkeit des guten Glaubens der unmittelbare Besitz unmittelbar von dem Auftraggeber auf den Spediteur übertragen wird, sondern verlangt nur, daß der Besitz von dem Auftraggeber erlangt werde. Unter Besitz ist aber auch mittelbarer Besitz zu verstehen; denn § 868 BGB. bestimmt:

„Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitzer).“

Der Auftraggeber des Spediteurs hat den mittelbaren Besitz des Frachtgutes; denn nach §§ 433 ff. HGB. besitzt der Frachtführer (oder Schiffer) das Gut von dem Augenblicke an, in welchem das Gut am Bestimmungsorte eintrifft, für den Empfänger. Es besteht auch nicht bloß eine obligatorische Verpflichtung des Frachtführers, sondern in den Regelfällen erkennt der Frachtführer das Verfügungsrecht des Empfängers ohne weiteres an. Die rein tatsächliche Anerkennung des Verfügungsrechts des Empfängers über das Gut ist aber ein Besitz i. S. des § 868 BGB., und das Anerkenntnis des Besitzes des Empfängers wird dadurch unwiderleglich bewiesen, daß der Frachtführer das Gut gemäß der Weisung des Empfängers an den Empfangsspediteur abliefert.

Alles das ist so selbstverständlich und klar, daß man sagen muß: Nur solche Juristen legen den § 932 Satz 2 BGB. anders aus, welche am Worte kleben und den Sinn der Bestimmung nicht erfaßt haben.

In der Praxis hat die überwiegende Mehrzahl der Gerichte diese Bedenken gar nicht gehegt, sondern hat den Vollmachtsspediteur in seinem Pfandrechte gegenüber den Eigentumsansprüchen des Dritten geschützt. Ich nenne hierfür folgende Entscheidungen, ohne damit Anspruch auf Vollständigkeit zu machen:

LG. Bielefeld v. 22. Dez. 1931, 3 S 633/31: „Die Beklagte hat das Pfandrecht gem. § 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB. erworben. Als die Bahn der Beklagten das Frachtgut aushändigte, erwarb diese den unmittelbaren und ihre Auftraggeberin den mittelbaren Besitz. Die Einigung über den Pfanderwerb (auf Grund des § 50 ADSp.) lag unzweifelhaft auch noch in diesem Augenblick vor. Es ist nicht, wie die Klägerin meint, unbedingt erforderlich, daß der Pfandbesteller den mittelbaren, der Pfandgläubiger den unmittelbaren Besitz der Sache bereits vor der Einigung hatte. Es genügt, daß die Einigung schon erfolgt ist und noch in dem Augenblick vorlag, als die Beklagte den unmittelbaren Besitz dadurch erlangte, daß sie die Sache von der Bahn zu ihrem Lager abrollte. Denn in diesem Falle bedarf es ebensowenig wie im ersten noch einer Herausgabe der Sachen unmittelbar vom Pfandbesteller, vielmehr genügt die bloße Einigung. Auch die zum gutgläubigen Pfanderwerb nach § 1207 i. Verb. m. § 932 Abs. 1 Satz 2 BGB. erforderliche Voraussetzung, daß der Besitz vom Verpfänder erlangt sein muß, ist erfüllt. Denn nicht die Bahn, sondern die Firma G. hat der Beklagten durch die Bahn auf Grund der Spediteurbedingungen den unmittelbaren Besitz eingeräumt.

Ein Pfandrecht hat die Beklagte also erworben, vorausgesetzt, daß sie hinsichtlich des Eigentums oder der Verfügungsmacht ihrer Auftraggeberin gutgläubig gewesen ist.“

OLG. Hamm v. 17. Dez. 1931, 7 U 150/30: „Wenn die Klägerin auch den Besitz an der Ware in eigenem Namen zu ihrer Entlastung gegenüber H. auf die Beklagte übertragen hat, so ist doch auf Grund der Beziehungen der Beklagten zu H. und der Postkarte der Klägerin v. 11. März 1929 anzunehmen, daß die Klägerin zugleich im Auftrag des H. handelte, der die Ware der Beklagten zur Anfuhr übergeben ließ. Ein Vertragspfandrecht ist daher entstanden.“

Andere Gerichte erkennen ohne weiteres das Pfandrecht des Empfangsspediteurs gegenüber dem Eigentumsanspruch dritter Personen an: OLG. Hamburg v. 20. Okt. 1931, Bf III 398/26: VerkehrsR. 13, 423; SeuffZ. 1931, 907; LG. Dresden v. 7. Mai 1931, 3 Hg 275/30 und OLG. Dresden v. 12. Okt. 1931, 10 O 151/3: SSZ. 1931, 905 ff. LG. Hamburg v. 25. Mai 1933, H III 55/34: DVR. v. 29. Juni 1934; HansGZ. 1934 Nr. 42 und Mittlg. der Handelskammer Hamburg Nr. 28 v. 24. Nov. 1934; RG. vom 5. Febr. 1932: RG. 135, 75 = JW. 1932, 1212:

„Die Firma K. ist nicht Eigentümerin des Zuckers geworden, weil sie ihn nicht bezahlt hat im Zusammenhange mit dem Eigentumsvorbehalt des V. Sie ist aber auch nicht mittelbare Besitzerin geworden, weil P. noch nicht ihr, sondern V. gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt war. Der Erwerb des Zuckers durch A. war daher nicht auf dem Wege des § 934 BGB. 1. Halbs., sondern nur im Wege der zweiten Alternative dort möglich. Das heißt A. konnte nur dann Eigentümer des Zuckers werden, wenn er gutgläubig den Besitz an ihm von P. erlangte. Auch die Erlangung des mittelbaren Besitzes ist hier ausreichend. P. konnte nun A. den mittelbaren Besitz verschaffen, ohne daß der bisherige mittelbare Besitzer V. etwas davon erfuhr. Solcher Wechsel im mittelbaren Besitz hängt dann lediglich vom Willen des unmittelbaren Besitzers ab.“

RA. Dr. Senckpiehl, Werder a. d. Havel.

B.

Gegenüber den Ausführungen von Senckpiehl muß ich bei meiner in den Anmerkungen JW. 1933, 867 und 1934, 2723 niedergelegten Auffassung bestehen bleiben. Es trifft nicht zu, daß es für die Anwendung des § 932 Abs. 1 Satz 2 BGB. genüge, wenn im Falle des Empfangsspediteurs das Gut mit dem Willen des Empfängers vom Frachtführer an den Spediteur ausgeliefert werde. § 932 Abs. 1 Satz 2 fordert für den Erwerber des Eigentums (bzw. in den Fällen des § 1207 BGB. des Pfandrechts), daß er den Besitz vom Verpfänder selbst erlangt habe, und zwar aus dem durchaus nicht formaljuristischen, sondern innerlich gerechtfertigten Grunde, daß nur dann für den Erwerber, hier den Spediteur, ein volles Vertrauen auf die Verfügungsbefugnis des Verpfänders begründet sein kann. Es kommt also nicht auf den Willen, sondern auf den Besitz des Verpfänders an. Es trifft ferner nicht zu, daß der Auftraggeber des Spediteurs, hier der Empfänger der Ware, zwar nicht den unmittelbaren, sondern den mittelbaren, durch den Frachtführer, die Eisenbahn usw. vermittelten Besitz habe. Senckpiehl verschweigt, daß das, was ihm so selbstverständlich und klar erscheint, in der Rechtslehre und Rechtsprechung eine eingehende Erörterung gefunden hat, und zwar mit der einzigen Ausnahme Cosacks in einem ihm gegenteiligen Sinne. Ein mittelbarer Mitbesitz des Empfängers des Frachtguts wird abgelehnt von Victor Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, S. 126; Staub-Gadow, Anm. 6 zu § 433 HGB.; M. Wolff in Ehrenbergs Handbuch IV 1 S. 29; Lehmann-Ring, Anm. 13 zu § 433 HGB.; Jäger, KO.6/7, § 44 Anm. 17. Ebenso hat das RG. 27, 84 entschieden.

Endlich führt es irre, wenn Senckpiehl am Schlusse seiner Ausführungen die Entscheidung des RG. 135, 75 = JW. 1932, 1212 als Beleg für seine Auffassung anführt. Gewiß würde die Erlangung des mittelbaren Besitzes für die Anwendung des § 932 Abs. 1 Satz 2 ausreichen, aber Senckpiehl muß das Vorhandensein dieses mittelbaren Besitzes in unserem Streitfalle nachweisen. Und das kann er nicht durch eine Entscheidung, in der nicht die brevi manu traditio des § 932 Abs. 1 Satz 2, sondern die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 934 erster Halbsatz behandelt wird und namentlich der oben vorausgesetzte Sachverhalt der Aushändigung von Frachtgut durch den Frachtführer an den Empfangsspediteur nicht im mindesten gegeben ist.

Endlich geht Senckpiehl mit keinem Wort auf eine weitere gegen seine These sprechende Schwierigkeit ein: Der gutgläubige Pfandrechtserwerb durch brevi manu traditio nach § 932 Abs. 1 Satz 2 würde ja voraussetzen, daß der erwerbende Spediteur im Augenblick der Einigung bereits im Besitz der Sache ist, und nicht erst, wie hier, später den Besitz erwirbt. Die Möglichkeit einer antizipierten brevi manu traditio ist zum mindesten sehr bestritten.

Wollte man in dieser Auseinandersetzung überlebte Konstruktionsjurisprudenz sehen, so mag bemerkt sein, daß es in jenem nicht selten vorkommenden praktischen Streitfalle nur mit Hilfe des klaren und sinnvollen Wortlautes des § 932 BGB. gelingt, eine wirtschaftlich unmögliche Folge abzuwenden, die Folge nämlich, daß ein Empfangsspediteur, der einen faulen Kunden als Auftraggeber hat, sich wegen seiner überfälligen Forderungen an den Gütern schadlos hält, die ahnungslose Versender wohlweislich mit Eigentumsvorbehalt an ihre Käufer versenden. Es erscheint unbillig, diese Güter in das Netz des Empfangsspediteurs gehen zu lassen, mit dem der Versender in keinerlei Vertragsbeziehung steht. Namentlich aber widerspricht es, wie oben gezeigt, dem Gesetz.

RA. Dr. Gustav Schwartz, Berlin.

Aus der Deutschen Rechtsfront

Gauführer-Tagung des BNSDJ.

In den vielgestaltigen Verhandlungen der Gauführertagung des BNSDJ. am 27. Jan. 1935 haben auch die Belange der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte in weitgehendem Maße Berücksichtigung gefunden.

Ein ausführlicher Bericht über die Gauführertagung ist in dem Zentralorgan des BNSDJ., der Zeitschrift „Deutsches Recht" 1935, 74, abgedruckt, auf den hingewiesen wird.

Staatssekretär Dr. Freisler zum Leiter der wissenschaftlichen Arbeiten der Akademie für Deutsches Recht berufen

Der Präsident der Akademie für Deutsches Recht, Reichsminister Dr. Hans Frank, hat den Staatssekretär im Reichs- und Preußischen Justizministerium und Vorsitzenden der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht, Dr. jur. Roland Freisler, zum Leiter der wissenschaftlichen Arbeiten der Akademie für Deutsches Recht berufen.

Staatssekretär Dr. Freisler unterstützt in dieser Eigenschaft den Präsidenten in seiner Aufgabe, der Einzelarbeit der Ausschüsse der Akademie an der Reform des Rechts die rechtspolitischen Richtlinien zu geben, und wird damit zum mittelbaren ersten Berater von Reichsminister Dr. Frank in allen Fragen der Rechtsreform.

Berlin, 5. Februar 1935.

Strafrechtsausschuß

Im Einvernehmen mit dem Stellvertreter des Führers hat der Reichsleiter des Reichsrechtsamts der NSDAP., Reichsminister Dr. Frank, einen Ausschuß einberufen, der das gesamte Material zur nationalsozialistischen Strafrechtserneuerung sichten und einer eingehenden Durcharbeitung unterziehen soll. Das Ziel dieser Arbeit ist die endgültige Aufstellung der nationalsozialistischen Thesen für ein deutsches Strafrecht. Zu dem vorliegenden Material gehören der Entwurf des BNSDJ., die Denkschrift des Reichsministers Kerrl, der Vorschlag der Akademie für Deutsches Recht (Strafrechtsausschuß) und der amtliche Entwurf der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums.

Die Leitung dieses Ausschusses hat Reichsminister Dr. Frank selbst übernommen. Mit der Generalberichterstattung und der beschleunigten Durchführung der Vorarbeiten ist Staatssekretär Dr. Freisler beauftragt worden.

Aus den Mitteilungen der Berliner Anwaltskammer

Richtsätze für die Werbungskosten der Rechtsanwälte und Notare für den Steuerabschnitt 1934

Nach § 161 Abs. 1 Ziff. 1 RAbgO. sind seit April 1932 auch die Angehörigen freier Berufe, die einen „gewerblichen Ertrag" von mehr als 6000 RM gehabt haben, verpflichtet, für Zwecke der Besteuerung nach dem Einkommen, Ertrag und Vermögen Bücher zu führen und jährlich Abschlüsse zu machen. Die Richtlinien für diese Buchführungspflicht sind durch Runderlaß des RFM. v. 22. Juni 1932, S 2164 — 1/III (RStBl. 1932, 613) gegeben.

Zu beachten ist, daß nach Abschn. II Abs. 3 des Runderlasses für die Buchführungspflicht der Ertrag vor Abzug der gewerbesteuerfreien Beträge maßgebend ist und daß bei gemeinschaftlicher Ausübung eines freien Berufes durch mehrere Personen die Gemeinschaft als Unternehmer gilt, also die Bücher geführt werden müssen, wenn der Gewerbeertrag der Sozietät 6000 RM übersteigt.

Für Kollegen mit einem Einkommen bis zu 6000 RM besteht also nicht die Buchführungspflicht; nur diese Kollegen können von den Pauschalsätzen für Werbungskosten Gebrauch machen.

Nach unserer Erkundigung bei der zuständigen Stelle sollen die für das Steuerjahr 1933 festgesetzten Richtsätze in Geltung bleiben. Hiernach waren die FinA. im Bereich des LFinA. Berlin ermächtigt, von einer Nachprüfung der Werbungskosten abzusehen, wenn letztere 40—50% der Roheinkünfte nicht übersteigen, und zwar je nach Lage der Büroräume und Zahl des Büropersonals.

Zu den Roheinnahmen zählen auch die von den Mandanten erstatteten Geschäftsunkosten wie Porti, Reisekosten, Schreibgebühren (vgl. auch Mitteilungen 1934 Nr. 2 Ziff. 7; GV. 257, 33).

Anmeldung und Anbietung von Gebührenforderungen gegen Ausländer

Zu der Bekanntgabe in Nr. 1 der „Mitteilungen" v. 7. Juni 1934 ist folgendes nachzutragen:

a) Nach der neuen Praxis der Reichsbank brauchen Gebührenvorschüsse nicht selbständig angeboten zu werden; vielmehr besteht die Anbietungspflicht erst nach Erlaß einer Kostenentscheidung oder der sonstigen Beendigung der Instanz. Ist ein Gebührenvorschuß aber vorher in Devisen eingegangen, so ist dieser Betrag naturgemäß sofort der Reichsbank anzubieten. Die Abrechnung der Reichsbank oder einer Devisenbank über die Umwechslung des Betrages ist aufzubewahren und bei Anmeldung der endgültig entstandenen Gebührenforderung eventuell vorzulegen (Bek. der Reichsrechtsanwaltskammer v. 27. Nov. 1934: JW. 1934, 3189).

b) Die Anbietung von Gebührenforderungen kann unterbleiben, sofern diese Ansprüche auf Grund von Genehmigungsbescheiden aus Erträgnissen im Inlande getilgt werden (GV. 32, 34; Schr. der Reichsbank v. 15. Dez. 1934 Nr. 836 000 D.-AAK.).

Anwaltliche Anderkonten für devisenrechtliche Ausländer

Auf Grund einer Mitteilung der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe weisen wir auf folgendes hin:

„Bei Anderkonten, also bei Konten, bei denen der Anwalt nur treuhänderisch Inhaber des Kontos ist, ist seit Einrichtung der Devisenbewirtschaftung darauf zu achten, daß eine besondere Behandlung erforderlich ist, wenn der Mandant Ausländer ist oder wird. Erfährt die Bank, daß der Treugeber die Ausländereigenschaft besitzt, so hat dies zwar nicht zur Wirkung, daß das Anderkonto als Ausländerkonto geführt werden muß; denn Inhaber des Kontos ist der Anwalt und nicht der Mandant. Aber für jede Einzahlung auf das Konto und für jede Auszahlung zu Lasten des Kontos an den Anwalt oder an Dritte müßte der Anwalt sich eine Genehmigung nach § 14 Abs. 1 DevVO. beschaffen, weil die Zahlung an einen Inländer zugunsten eines Ausländers erfolgt. Der Anwalt sollte deshalb von der Einrichtung eines Anderkontos wegen eines Ausländers absehen; die Anderkonten, welche ein Anwalt wegen eines Ausländers unterhält, sollten gleichfalls nach Möglichkeit — mit Einverständnis des Treugebers — aufgelöst und für den Treugeber mit Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle ein eigenes Konto eingerichtet werden. Der bisherige Treugeber, der danach wieder selbst Berechtigter ist, mag dem Anwalt Vollmacht für das Konto erteilen. Der Anwalt muß bei der für den Ausländer zuständigen Devisenstelle eine allgemeine Genehmigung beantragen" (vgl. Mitteilungen 1934 Nr. 1 Ziff. 8 und die Richtlinien über Anderkonten am Schluß des Jahresberichts 1933; VG. 99, 30).

Zwei vollständige Ausfertigungen der Urteile des Landesarbeitsgerichts beantragen

Für das Inlaufsetzen der Revisionsfrist ist es gemäß § 552 ZPO. erforderlich, die Urteile des LArbG. in vollständiger, ungekürzter Ausfertigung zuzustellen. Dies bedeutet eine erhebliche Belastung für das Büro, wenn Abschriften langer Urteile anzufertigen sind.

Das LArbG. erteilt nicht ohne weiteres ungekürzte Abschriften. Wer diese haben möchte, muß rechtzeitig zwei vollständige Ausfertigungen des Urteils schriftlich bei der Geschäftsstelle des LArbG. beantragen und sich dabei zur Übernahme der Kosten bereit erklären (GV. 247, 33).

Schrifttum

Die Einsendung von Büchern begründet keinen Anspruch auf Besprechung. Eine Rücksendung kann in keinem Fall erfolgen

Dr. **Roland Freisler**, Pr. Staatsrat u. Staatssekr. im R.- u. Pr. JustMin.: **Etwas über Führertum in der Rechtspflege.** Soll verantwortungsvolle Richterpersönlichkeit oder Abstimmungszahlenspiel Grundlage des Urteils sein? (Schriften der Akademie für Deutsches Recht. Sonderdruck Nr. 1.) Berlin 1935. Industrieverlag Spaeth & Linde. Preis kart. 0,80 *RM*

Ein starkes Glaubensbekenntnis zum Nationalsozialismus spricht aus dieser Schrift. Aus innerstem Herzen wird vom Verf. das Führerprinzip in den Mittelpunkt gestellt und mit Recht auch für alle richterlichen Entscheidungen verlangt. „Einer soll Führer sein", er trägt die Verantwortung auch als Richter. Die Anonymität der Kollegialentscheidung soll und muß fallen. Mit Recht weist der Verf. darauf hin, daß damit die Beratung nicht notwendigerweise fallen müsse, denn auch der Führer bedürfe der Beratung. Im übrigen aber trägt er die Verantwortung allein. Besonders wertvoll und dankbar zu begrüßen ist für den Anwalt das, was der Verf. auf S. 24 seiner Schrift festlegt: „Im bürgerlichen Rechtsstreit mit Rechtsanwälten auf beiden Seiten findet diese Beratung in den Vorträgen der Parteivertreter von zwei ganz verschiedenen, meist einander gegenüberstehenden Gesichtspunkten aus statt." Der Verf. zeigt also hier die Notwendigkeit der Parteivertretung durch Rechtsanwälte und gibt damit dem Anwalt, was des Anwalts ist, nämlich Anerkennung und Gerechtigkeit für seine Tätigkeit im Interesse der Allgemeinheit, die im nationalsozialistischen Staate getragen ist von dem Grundsatz: „Gemeinwohl geht vor Eigennutz."

RA. Prof. Dr. Noack, Halle a. S.

W. **Möllenberg: Eike v. Repgow und seine Zeit.** Recht, Geist und Kultur des deutschen Mittelalters. Burg bei Magdeburg 1934. August Hopfer Verlag. Preis in Leinen geb. 3,80 *RM*.

Es handelt sich um ein Buch, das vollauf den Zweck erfüllt, den der Verf. im Auge hatte. Es ist kein gelehrtes Werk für engere Fachkreise, sondern erschließt dem Freunde unserer geschichtlichen Vergangenheit den Sinn für die bunte Welt des Mittelalters. Gerade das Schlußstück des Buches mit der Überschrift „Die Sinndeutung des Jahrhunderts" zeigt uns so recht die hohe Kultur des 13. Jahrhunderts und tritt uns in einer Gipfelleistung den 12 Stiftern des Naumburger Doms entgegen. Sie werden durch die Seligpreisungen der Bergpredigt zu einem Ganzen zusammengefaßt. Ein jeder von ihnen ist bestimmt eine der Seligpreisungen gleichsam zu verkörpern.

Ist so das Buch eine Köstlichkeit für jeden Geschichtsfreund, so gibt es andererseits auch dem Juristen unendlich viel, besonders in denjenigen Abschnitten, wo Möllenberg über Eike von Repgows Ansichten über Reich, Staat und Volk im Sachsenspiegel, vom Brauchtum im Sachsenspiegel spricht, und besonders im zweiten Teil, wo das Magdeburger Recht dargestellt wird.

RA. Prof. Dr. Noack, Halle a. S.

Dr. **Willy Franke**, Amts- u. LGR., Vors. beim ArbG. und LArbG. Berlin: **Der Treuhänder der Arbeit.** Gemeinverständlich dargestellt. Essen 1934. Verlag C. W. Haarfeld GmbH. Preis 0,75 *RM*.

Die vorliegende Schrift stellt sich die Aufgabe, die Unklarheiten zu beseitigen, die über die Stellung des Treuhänders der Arbeit in den Kreisen der Beteiligten verbreitet sind. Daß solche Unklarheiten noch weithin bestehen, kann nicht wundernehmen. Haben wir es doch bei dem Treuhänderamt mit einer ganz neuartigen Erscheinung zu tun, die im bisherigen Rechtszustand kein Vorbild hat. Die Rechtsnatur dieses Amtes und seine Aufgaben können nur aus den Grundgedanken unserer neuen Arbeitsverfassung richtig verstanden werden. Die Betriebsangehörigen arbeiten, so will es das ArbOG., unter der verantwortlichen Leitung des betriebsverbundenen Unternehmers; der Führer des Betriebs und seine Gefolgschaft, hinter denen nicht mehr wie früher die Interessenverbände stehen, sind jetzt auf vertrauensvolle Zusammenarbeit angewiesen. Weil aber der erstrebte Idealzustand der Erledigung aller betrieblichen Angelegenheiten im Betriebe selbst einen Gesinnungswandel voraussetzt und deshalb jetzt noch nicht möglich ist, muß der Staat sich die Einflußnahme auf die soziale Gestaltung der Arbeitsverhältnisse vorbehalten, und dazu dient das Amt des Treuhänders der Arbeit. Von diesen Grundgedanken geht die vorliegende Schrift aus. Im bescheidenen Gewande einer „gemeinverständlichen Darstellung" gibt sie ein anschauliches und durchaus zuverlässiges Bild von den Aufgaben und den Machtbefugnissen des Treuhänders der Arbeit, und sie klärt namentlich die mannigfachen Schwierigkeiten, die sich im Gebiet der Treuhänderrichtlinien und der Tarifordnungen sowie bei der Abgrenzung der Treuhänderbefugnisse gegenüber der rechtlichen Stellung des Betriebsführers ergeben.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

PrivDoz. Dr. **Theodor Maunz: Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts.** (Der deutsche Staat der Gegenwart Heft 9.) Hamburg 1934. Hanseatische Verlagsanstalt. Preis kart. 2 *RM*.

Der Verf., der im vergangenen Jahr mit einer sorgfältigen, verwaltungsrechtlichen Spezialstudie („Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts") hervorgetreten ist und mit ihr berechtigte Anerkennung gefunden hat (vgl. Scheuner: JW. 1933, 1173), versucht sich nunmehr in der vorl. Broschüre an einem grundsätzlichen und allgemeinen Problem, nämlich an einer neuen geistigen Grundlegung des Verwaltungsrechts.

Als Ausgangspunkt dient dem Verf. die These, daß das Staatsdenken der Vergangenheit „den Gegensatz von Politik und Recht als einen Fundamentalsatz betrachtet" und auf der Fiktion einer angeblich „unpolitischen Natur des Rechts" beruht habe (S. 9). Diese These des Verf. verdient insoweit Beifall, als sie sich auf die sogenannte „konstruktive Methode" innerhalb der deutschen Staatsrechtswissenschaft bezieht, als deren erster schulmäßiger Vertreter Carl Friedrich Gerber, der geistige Ahnherr Labands, Georg Jellineks und schließlich Kelsens, anzusprechen ist. Es ist jedoch wissenschaftlich unzutreffend, wenn der Verf. die genannte These unbekümmert und apodiktisch verallgemeinert. Schon im Bismarckschen Reich hatte die introvertiert-konstruktive Methode Labands, der sogenannte „Labandismus", in Albert Haenel einen beachtlichen Gegner gefunden. In der späteren Zeit sind es namentlich Triepel und Smend, die sich dem sterilisierenden Einfluß eines „reinen" Rechtsdenkens, wie es nunmehr namentlich von Kelsen propagiert wurde, entgegenwarfen. Schon 1923 — in der Festgabe für Kahl — betonen beide in Abwehr der reinen Normlogik Kelsens die enge wechselseitige Beziehung zwischen Recht und Politik. So erklärte Triepel (a. a. O. S. 17) ausdrücklich: „Es gibt sehr viele Rechtsfragen, die gleichzeitig politische Fragen sind", und Smend (a. a. O. S. 19) stellte fest: „Das Staatsrecht hat das Politische zum Gegenstande, es ist politisches Recht". Vor allem darf in diesem Zusammenhang die berühmte Rektoratsrede Triepels aus dem Jahr 1926 über „Staatsrecht und Politik" nicht vergessen werden, die gegenüber der geistigen Invasion der „Wiener Schule" geradezu wie ein Wellenbrecher gewirkt hat. In dieser Rede, die auch für die Gegenwart fruchtbar gemacht werden sollte, setzt sich Triepel in breiter Front mit der „konstruktiven Methode", und insbes. mit ihrem zeitgenössischen Exponenten, Kelsen, auseinander. Triepel fordert hier ausdrücklich „die Verbindung der politischen Erwägung mit der logisch-formalen Begriffsarbeit" (S. 37); er wirft die berechtigte Frage auf (S. 18): „Wohin wären wir gekommen, wenn wir Kirchenrecht ohne Kirchengeschichte, Handelsrecht ohne Rücksicht auf Volks- und Privatwirtschaft betrieben hätten! Ebensowenig aber läßt sich Staatsrecht ohne Rücksicht auf das Politische betreiben." Besonders lehrreich war auch die Auseinandersetzung Triepels mit Kelsen auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Wien, also an der Geburtsstätte der Wiener Schule, im Jahre 1928, wo sich Triepel und Kelsen als Referent und Korreferent gegenübertraten. Hier erklärte Triepel im Gegensatz zu Kelsen: „Das Wesen des Politischen steht mit dem Wesen des Rechts nicht im Widerspruch. Im Gegenteil! Einen solchen Gegensatz halte ich für völlig schief!" (Heft 5 der „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer", S. 8). Man sieht also, daß man die Ehre der deutschen Staatsrechtswissenschaft zu Unrecht tiefer hängt, wenn man ihr generell nachsagt, sie habe „den Gegensatz von

Politik und Recht als einen Fundamentalsatz betrachtet". Schließlich sind doch verdiente und wissenschaftlich geachtete Männer wie Triepel und Smend nicht einfach als quantité negligeable zu werten!

Im weiteren Verlauf seiner Darlegungen (S. 16 ff.) versucht der Verf. sodann, die von ihm aufgestellte Unterscheidung zwischen „politischer Führung" und „politischer Durchführung" staats- und verwaltungsrechtlich fruchtbar zu machen. „Die Unterscheidung in die politische Führung und in die politische Durchführung ist nichts anderes als der juristische Name für den Grundpfeiler der Verwaltung im nationalsozialistischen Staate: nämlich des Führertums und des Gefolgschaftstums" (S. 17). Lediglich im Bereich der „politischen Durchführung" wird vom Verf. die Möglichkeit einer Kontrolle, insbes. auch durch Rechtspflegeakte, anerkannt (S. 21), während „die politischen Führerentscheidungen keinerlei Kontrolle durch einen justizförmigen Apparat vertragen" (S. 21). In diesem Zusammenhang gibt der Verf. auch eine zutreffende Deutung des nationalsozialistischen Führerbegriffs. Nach nationalsozialistischer Auffassung ist der Führer zwar frei von Kontrolle, aber „weder frei von Recht noch von Verantwortlichkeit" (S. 17). Mit dieser Auffassung vom rechtlichen Wesen des Führertums, das auf selbstverantwortlicher Bindung aufgebaut ist, steht es allerdings nicht im Einklang, wenn der Verf. darlegt: „Es bedarf keiner Ausführung, daß es Rechte weder des einzelnen noch von Untergemeinschaften gegen den politischen Führer geben kann. Das würde dem konkreten Rechtsgebilde ‚Führer' vollkommen widersprechen" (S. 31) oder wenn er an anderer Stelle (S. 35/36) erklärt: „Dem Rechtsgebilde ‚Führer' widerspricht es, daß ein ihm unterworfener Gefolgsmann Rechte auf sein Verhalten ihm gegenüber hat". In Wahrheit gibt es auch dem Führer gegenüber echte Rechte! Daß diese Rechte nicht justizförmig kontrolliert, sondern vom Führer in rechtlicher Selbstverantwortung innegehalten werden, tut ihrem Dasein keinen Abbruch! Nur das liberale Mißtrauen leugnet das Recht, wo es keine Kontrolle, keine Überwachung sieht. Das Recht im ethisch fundierten, nationalsozialistischen Sinne besteht jedoch keineswegs begriffsmäßig in einer Einheit von Bindung und Kontrolle!

In seinen weiteren Ausführungen verfällt der Verf. sodann weitgehend einer offensichtlichen Übersteigerung des Gemeinschaftsdenkens, die wohl zum Teil als Reaktion auf die noch im vergangenen Jahr schroff gegensätzliche Einstellung des Verf. zu werten ist. Der Verf. hat es nämlich noch in der eingangs erwähnten, vorjährigen Schrift (S. 316) ausdrücklich als sein Ziel proklamiert, „der Untergrabung der Rechtsstellung des Individuums durch Zersetzung und Auflösung vorhandener Rechtssicherungen entgegenzutreten". An dieser Zielsetzung gemessen muß die hier erörterte Schrift des Verf. als ein „pater peccavi" erscheinen, das ein wenig zu zerknirscht ausgefallen ist. Gerade die Grundeinstellung des Nationalsozialismus, für den nicht der Staat, sondern das Volk die entscheidende Größe ist (vgl. Koellreutter, Der deutsche Führerstaat, S. 8 ff.), führt zu einer Inschutznahme des Volkes gegenüber den Fährnissen und menschlichen Unzulänglichkeiten des staatlichen Verwaltungsapparates. Allerdings ist diese Inschutznahme des Volkes nicht eine Parteinahme für das Individuum, sondern eine Garantie für die gedeihliche Entwicklung der Gesamtheit. Der Nationalsozialismus will keinen Staat der Marionetten, sondern der Persönlichkeiten! Das Persönlichkeitsideal im Dritten Reich ist allerdings grundverschieden von jenem Bilde der Persönlichkeit, das weltbürgerlich gerichtete Literaten im Herzen tragen. Die Persönlichkeit im Dritten Reich weiß sich ihrem Volkstum nicht nur biologisch zugehörig, sondern auch sittlich verbunden. Aber gerade dieses Verantwortungsbewußtsein setzt die Zubilligung eines persönlichen Lebensspielraums voraus, der als sittliche Lebensluft für die Entfaltung wahrer Persönlichkeit unentbehrlich ist (vgl. Forsthoff, Der totale Staat, S. 42). Dieser persönliche Lebensspielraum ist mit der Totalität des Staates durchaus verträglich, da er nur „im Rahmen der geltenden Weltanschauung" (so Hitler auf dem Deutschen Juristentag in Leipzig mit Bezug auf die richterliche Unabhängigkeit) gewährt wird. Aus dieser Einstellung stammen auch die beachtlichen Vorschläge Tartarin-Tarnheydens („Werdendes Staatsrecht" 1934, 143 ff.), durch eine rechtliche Gewährleistung „nationaler persönlicher Rechtsgüter" eine „Garantie dessen" zu schaffen, „was ein persönliches Ethos erst ermöglicht" (Tartarin-Tarnheyden a. a. O. S. 153). Selbstverständlich handelt es sich bei einer so gestalteten Rechtsstellung des einzelnen, die um der Gemeinschaft willen gewährt wird, nicht um einen „Aufmarsch der Eigensucht der einzelnen gegen den Staat" (Nicolai), vielmehr ist dann „auch die Zubilligung von Rechten nur ein Mittel der sozialen Verpflichtung und der Indienststellung für die Gemeinschaft" (Reuß: JW. 1933, 2946; vgl. dazu auch Smends Rede „Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht", bes. S. 9 ff., und Huber: ArchÖffR. NF. 24, 250: „Daher sind Grundrechte, im Sinne von ‚Grundformen der Volksordnung', mit dem totalen Staat durchaus vereinbar.").

Eine besondere Note erhalten die Darlegungen des Verf. noch dadurch, daß in ihnen empfohlen wird, das Verwaltungsrecht in Zukunft am konkreten „Ordnungs- und Gebildedenken" (Carl Schmitt: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens) auszurichten. Diese Aufforderung beherrscht fast den gesamten Inhalt der Broschüre. Leider beherzigt der Verf. nicht genügend, daß man die Fruchtbarkeit einer neuen Methode nicht so sehr lobend umschreiben, als vielmehr praktisch demonstrieren soll. „Grundsätzliche", insbes. methodologische Betrachtungen (anscheinend eine Spezialität von Privatdozenten) haben wir genug; was uns not tut, ist eine Exemplifizierung der neuen Grundsätze und Methoden am konkreten Fall, in abgegrenzten Rechtsgebieten: hic Rhodus, hic salta!

RA. Reuß, Berlin.

Giorgio del Vecchio, Prof. der Rechte: **Die Krise des Staates**. Berlin 1934. Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte GmbH.

Die Schrift ist die Wiedergabe eines Vortrags, den der Verf. im Mai vorigen Jahres gastweise an den Universitäten Bukarest, Sofia und Budapest gehalten hat.

Wie sich aus dem Titel der Broschüre ergibt, widmet der Verf. seine Betrachtungen der „Krise des Staates". Er versteht darunter zweierlei: einmal ein geschichtliches Phänomen, nämlich die in verschiedenen Geschichtsepochen festzustellende, besonders aber in der unmittelbaren Gegenwart allgemein gewordene Erscheinung des Zerfalls der Staatlichkeit, und außerdem eine zeitlose und übergeschichtliche Erscheinung, die „der Anlage nach in der Problematik des Begriffs ‚Staat' selbst gegeben ist" (S. 3). Da der Verf. den geschichtlich feststellbaren Zerfall echter Staatlichkeit lediglich als die Entfaltung und Auswirkung der immanenten Problematik des Begriffes „Staat" auffaßt, zerfallen die Ausführungen in einen abstrakt-theoretischen (S. 3—12) und einen historisch-konkreten Teil (S. 12—21); anschließend (S. 21—29) folgt dann eine Formulierung der praktisch-politischen Postulate, gewissermaßen der Nutzanwendung, die der Verf. aus seinen zunächst theoretisch und dann historisch abgewandelten Untersuchungen gezogen sehen möchte.

Die vom Verf. „der Anlage nach" bereits im Staatsbegriff selbst erblickte Problematik wird nur verständlich, wenn man sich die Auffassung des Verf. über das Verhältnis zwischen Staat und Recht vor Augen hält. Das Recht ist nach der Anschauung des Verf. keine ausschließlich staatliche Funktion. Der Verf. ist also ein Gegner der positivistischen Lehre, „der zufolge das Recht immer und notwendig vom Staat ausgeht" (S. 15). Im Gegensatz zu Kelsen betrachtet der Verf. „Staat und Rechtsordnung oder auch Staat und Recht keineswegs als äquivalent" (S. 6), vielmehr muß das Recht nach der Auffassung des Verf. „unabhängig von seiner Positivität vorgestellt werden" (S. 7); es gibt also für den Verf. auch eine „außerstaatliche spontane rechtsschöpferische Kraft" (S. 10). In dieser ablehnenden Haltung gegenüber dem Positivismus ist dem Verf. sicher zuzustimmen. Aber der Verf. dringt nicht über diese negative Haltung gegenüber dem Positivismus zu einem überzeugend begründeten, unabhängig von der Positivität des Rechtes gegebenen Rechtsbegriff vor. Er sagt zwar, daß es außerstaatliches Recht gebe, vermag aber nirgends anzugeben, welches denn das Kriterium dieses außerstaatlichen Rechtes sei, es sei denn, daß man ihn dahin verstehen muß, daß er unterschiedslos allen Gemeinschaftsregelungen, „insoweit sie imperativisch Beziehungen des Zusammenlebens mit gegenseitigen Ansprüchen und Verpflichtungen regeln, einen objektiven Rechtscharakter" (S. 11) beimessen will. So finden wir denn bei dem Verf. begreiflicherweise auch keine Antwort auf die Frage, worin denn das innere Wesen, die Essenz, des Rechtes bestehe und woher das Recht seine innere Legitimität im Sinne einer überzeugungskräftigen Rechtfertigung seines Geltungsanspruchs nehme. Deshalb bleibt bei dem Verf. naturgemäß auch die Frage offen, ob es überhaupt eine spezifisch rechtliche Verpflichtung gibt oder ob nicht vielmehr — im Sinne der nationalsozialistischen Auffassung von der Einheit zwischen Recht und Sittlichkeit — alle innerlich verpflichtende Kraft des Rechts aus dessen Relation zur Sittlichkeit stammt, so daß also nur jene Normen — über die rein äußere Gehorsamschance hinaus — eine innerlich verpflichtende Kraft besitzen, die sich an der Sittlichkeit legitimieren können. Auf alle diese Fragen finden wir bei dem Verf. keine Antwort, obwohl der Positivismus nicht einfach dadurch widerlegt werden kann, daß man ihn verneint, sondern nur, indem man ihn durch sorgfältige Fundierung der gegensätzlichen Einstellung mit fruchtbaren Gedanken überwindet. Solange man dies unterläßt und einfach in Behauptungsform — ohne Begründung — eine Fülle historisch aufgezeigter Gemeinschaftsregelungen als „Recht" anspricht, um dann dem Positivis-

mus entgegenzuhalten, er müsse „sich noch eher mit der Geschichte als mit der Rechtsphilosophie auseinandersetzen“ (S. 16), verfällt man einer leerlaufenden petitio principii!

So kommt es, daß der Verf. allen Sozialordnungen, die sich innerstaatliche und rein gesellschaftliche Mikro- oder Makroorganismen (z. B. Gewerkschaften, S. 17) geben, die Zugehörigkeit zum „logischen genus des Rechts“ (S. 11) zuerkennt, selbst wenn sich diese Ordnungen „den Normen des Staates nicht gemäß, ja sogar in extremen Fällen ihnen entgegengesetzt“ (S. 11) bilden und entwickeln. Diese Anschauung muß naturgemäß zur Annahme eines Pluralismus „miteinander im Streite liegender Rechtssysteme“ (S. 17) führen, von denen dann nach der Ansicht des Verf. „das System, welches in diesem Kampfe schließlich die Oberhand behält“ (S. 16) als Staat anzusprechen ist. Kennzeichnend sind folgende Sätze des Verf.: „Dasjenige von den verschiedenen Systemen, welches tatsächlich die Oberhand gewinnt, erwirbt im wahren Sinne die Merkmale des Staates; dieser kann darum auch definiert werden als dasjenige Rechtssystem, welches den höchsten Grad von Positivität besitzt ... Der Staat ist dasjenige Rechtssystem, welches in einem gegebenen Raum die Oberhand über alle anderen hat“ (S. 7). So setzt der Verf. zwar Rechtsordnung und Staat nicht gleich — denn er anerkennt ja zahlreiche außer- oder besser: innerstaatliche Rechtsordnungen —, aber der Staat ist doch, wenn auch nicht das, so doch ein Rechtssystem, nämlich das vitalste und wirksamste Rechtssystem. Insoweit bietet also der Verf. lediglich eine Variation des Kelsenschen Staatsbegriffs, wird also einer allseitig — nicht nur rechtlich — orientierten, universalistischen Staatsauffassung, die allein die volle Lebenswirklichkeit des Staates erfaßt, nicht gerecht.

Die immanent-begriffliche Problematik des Staates im Sinne des Verf. liegt nunmehr auf der Hand: das Schicksal im latenten oder auch offenen Kampfe der verschiedenen Rechtssysteme kann wechseln und der bisherige Sieger „Staat“ muß abtreten, sei es, daß er einem anderen, zum „Staat“ arrivierten System Platz machen muß, oder sei es auch, daß sich die ganze Sekundogarnitur der Rechtssysteme von jeder ferneren Bedrückung durch ein herrschendes Rechtssystem freizuhalten weiß, womit die Staatlichkeit nicht nur einen Trägerwechsel erfährt, sondern zerfällt.

Diese theoretische Grundkonzeption verfolgt der Verf. dann (S. 12 ff.) in ihrer angeblichen historischen Konkretisierung durch weite Teile der Geschichte, wobei er jedoch — wie bereits erwähnt — mit einem nicht hinreichend klargestellten Rechtsbegriff operiert und mithin den behaupteten Rechtscharakter der von ihm erörterten geschichtlichen Bildungen nicht begründet.

Den Ausklang der Ausführungen des Verf. (S. 21 ff.) bilden sodann beachtliche Vorschläge, wie man die Gefahr eines Zerfalls der Staatlichkeit bannen könne. Diese Vorschläge gipfeln in dem Rat, daß der Staat, da er auf die aktive und spontane Mitwirkung der Einzelnen und der sozialen Gruppen angewiesen sei, diese durch ein schöpferisch-integratives System organisch in sich einbeziehen solle, wobei er „gewisse elementare Freiheitsrechte als Urbesitz jedes menschlichen Individuums“ (S. 22) in weiser Mäßigung respektieren müsse „um der Stärke und des Gedeihens des Staates selber willen“ (a. a. O.). Durchaus gegenwartsnah muten sodann die Ausführungen an, daß der Staat als ein „Harmonisator der Dissonanzen das Individuum und die Gesellschaft in einer höheren Synthese versöhnen und vereinigen“ (S. 28) müsse, daß aber die zu gewährende Freiheit „nicht unbegrenzt sein und nicht außerhalb des Staates gelassen werden dürfe, sondern in den Staat einbezogen und als lebenspendende Lymphe zur höchsten Wirksamkeit gesteigert werden“ (S. 28) müsse.

RA. Reuß, Berlin.

Dr. Rudolf Thierfelder: Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage. (Band 5 der Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, neue Folge.) **Tübingen 1934. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Preis 10 *RM*, in Leinen geb. 11,80 *RM*.**

Der Zweck der Arbeit Thierfelders war zunächst, auf eine gewisse Aufklärung des Dunkels, das sich durch die immer stärker zunehmende Verwendung des Wortes „normativ“ über den durch das Wort bezeichneten Begriff in der Strafrechtswissenschaft verbreitet hatte, hinzuwirken. „Ihr fortschreitender Gang aber lenkte den Blick (des Verfassers) immer mehr auf den Begriff des Wertes und seine überragende Bedeutung für das Strafrecht“ (Vorwort).

Leider gestattet der hier zur Verfügung stehende Raum nicht eine eingehende kritische Stellungnahme zu dem Inhalt der eigenen Gedanken Thierfelders. Es soll daher der Inhalt seines Buches nur geschildert und nur zu solchen Seiten der Arbeit Stellung genommen werden, die nicht eine grundsätzliche Auseinandersetzung erfordern.

Die Überschrift „Normativ und Wert“ überrascht nicht weniger, als etwa eine Überschrift „Tapfer und Mann“ überraschen würde. Es widerspricht durchaus unserem Sprachempfinden, in dieser Weise ein Adjektiv und ein Substantiv nebeneinanderzustellen. Sprachlich besser und leichter verständlich überschreibt der Verfasser den ersten Teil der Arbeit „Das Normative“ und den zweiten „Der Wert“ (André Lalande bezeichnet in seinem „Vocabulaire technique et critique de la philosophie“, 1932, die Bildung des Wortes „normatif“ als „barbarisme“, weil „il a l'aspect d'un adjectif verbal, correspondant à une verbe ‚normare‘“, das es nicht gibt, aber er fügt zutreffend hinzu: „l'usage en a consacré bien d'autres“.)

Im ersten Unterabschnitt des ersten Teils spricht Thierfelder vom Begriff des Normativen „im Allgemeinen“. In diesem Teil bewegen sich die Untersuchungen des Verfassers bald auf dem Gebiete der systematischen Strafrechtswissenschaft, bald auf dem Gebiete der Rechtsphilosophie und streifen gelegentlich auch die allgemeine Philosophie. Freilich treten die Unterschiede, die sich aus der Verschiedenartigkeit der Betrachtungsweise jener verschiedenen Wissenschaften ergeben, in der Arbeit Thierfelders nicht mit der wünschenswerten Deutlichkeit hervor. So fehlt z. B. trotz gelegentlicher Hinweise auf die Ansichten der Vertreter der allgemeinen Philosophie eine Stellungnahme zu dem grundlegenden Sprachgebrauch der Philosophen hinsichtlich des Wortes „normativ“ (vgl. hierüber z. B. Heinrich Schmidt, Philosophisches Wörterbuch, 1930, unter „normativ“; Rudolf Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 4. Aufl., 1929; André Lalande a. a. O. unter normatif; sowie James Mark Baldwin, Dictionary of philosophy and psychology unter „Norm and normative“).

Im übrigen muß schon an dieser Stelle etwas über die Art und Weise der Darstellung Thierfelders gesagt werden: Er bemüht sich, „auf möglichste Einfachheit der Gedankenführung Wert“ zu legen (Vorwort). Das ist ihm sicher nicht überall geglückt, weil vielfach der „rote Faden“ in der Darstellung nicht mehr zu finden ist, vor allem aber, weil seine Darstellungsweise so kompliziert ist, daß man das, was gesagt werden soll, auch bei stärkster Konzentration nicht eindeutig verstehen kann. Ich greife hier ein Beispiel heraus und beziehe mich im übrigen auf einige von den im folgenden wörtlich aus Thierfelders Arbeit zitierten Stellen:

Auf S. 93 spricht der Verfasser vom „Wert etwessen für etwas!“ Es ist nicht ausgeschlossen, daß ich den Verfasser vielleicht gelegentlich wegen seiner besonderen Darstellungsweise mißverstanden habe. Jedenfalls scheinen mir die Grundgedanken seiner Ausführungen über den Begriff des Normativen im allgemeinen in folgenden Thesen zu liegen:

1. Die Bedeutung des Wortes „normativ“ ist unklar (S. 1 und 2).

2. Es hat die Funktion, ein Substantiv in irgendeine Beziehung zu Normen zu setzen (S. 2).

3. Die „letzten Untergründe des Gebiets, in denen die Norm zu Hause ist, werden unserem rationalen Denken nach bisheriger Erfahrung nie ganz zugänglich werden“ (vor allem gegen Alf Roß).

4. Das Wort normativ ist nur gerichtet auf die „Norm im engeren Sinn“. Es leitet sich zwar sprachlich von dem Wort Norm ab, bestimmt aber den Inhalt des Begriffs Norm.

5. „Norm bedeutet einerseits: empirischer Durchschnitt, andererseits: ein Sollen irgendwelcher Art“ (Beispiel: Norm bei den Menschen Egoismus, Norm für die Menschen Altruismus).

6. „Normal“ nimmt den Normbegriff der Seinssphäre in Bezug, „normativ“ den der Wollenssphäre (anders bekanntlich schon hier vielfach die Philosophen).

7. „Der Wert ist die Gegebenheit, aus der das Sollen herauswächst. Nur der Sachverhalt, der Wert hat, sollte auch sein.“

8. (Im Anschluß an Nicolai Hartmann und in Übereinstimmung mit ihm). „Es ist ein proton pseudos, daß sittliche Freiheit Undeterminiertheit bedeute und nur in einer wenigstens partial indeterministischen Welt bestehen könne. Sie besteht vielmehr ungehindert in einer total determinierten Welt, ihre einzige Bedingung in einer solchen ist die, daß die Determination in der Welt keine monistische sei, d. h. keine solche, die in einem einzigen, allbeherrschenden und also auf ein Niveau herabziehenden Determinationstypus aufginge.“

9. Norm ist „Bestimmungsnorm“ oder „Bewertungsnorm“ (im Anschluß an Mezger). Beide Normen haben dasselbe Objekt: Eine bestimmte Willenshandlung des freien Subjekts. Die Bestimmungsnorm will die Willenshandlung hervorrufen, die Bewertungsnorm betrachtet, ob sie wirklich gesetzt worden ist oder nicht. Gleichzeitig ist aber Wertsubstrat auch das Wertvolle, das durch jenen Willensakt gesetzt wird.

10. Nicht alle strafwürdigen Fälle stellen sich als Zuwiderhandlungen gegen eine Bestimmungsnorm dar:

a) Bei der unbewußten Fahrlässigkeit ist dem Täter eine Pflicht, gegen die er verstoßen hat, nicht bewußt geworden. Das gilt nicht nur für die Pflicht, so zu handeln, daß der schädliche Erfolg nicht eintritt, sondern auch für die weitere Pflicht, so aufmerksam zu sein, daß man erkennt, die Handlung werde den schädlichen Erfolg haben.

b) Die Behandlung der Berufs- und Gewohnheitsverbrecher durch das Gesetz zeigt, daß hier die Rechtsordnung auf das Sosein dieser Menschen reagiert.

11. Das Wort „normativ" hat einen Bedeutungswandel erfahren: Es nahm „immer mehr und mehr..." „die Fühlung mit der viel weiter gespannten Bewertungsnorm auf und hob das zu ihm tretende Hauptwort nicht mehr in das Reich der Freiheit im Gegensatz zum Reich der Notwendigkeit, sondern in das des Wertens im Gegensatz zum Reich des schlichten Seins" (S. 23).

12. Die Entscheidung der Frage, ob die Subsumtion, die der Richter vornimmt, als „vollständiger Vernunftsschluß" (Beccaria) anzusehen sei, hängt entscheidend ab von der Beurteilung des Verhältnisses der beiden Beziehungen, in die das Strafe nach sich ziehende Geschehen hineingestellt wird: die Beziehung zum Wert und die Beziehung zum im Gesetz enthaltenen Obersatz.

13. „Wenn wir sagen: Etwas steht in Beziehung zum Wert, also: etwas ist wertvoll oder wertwidrig, so ist dieses „etwas" ein Stück der Wirklichkeit oder zum mindesten etwas als wirklich Gedachtes."

14. Seinsollen muß immer seiendes Sollen sein (?) (S. 33).

15. „Der Vorgang, den das Recht bewertet, geschah, er ist eingebettet in den Strom (so wörtlich!) der Kausalität, insofern er bewirkt ist und seinerseits Wirkungen ausübt" (S. 33). Der Wert bestimmt, was von der Gesamtwirklichkeit zu ihm als Substrat gehört. Das „unter Wertgesichtspunkten aufgebaute Stück Wirklichkeit wird nun aber vom Recht in keiner Weise unter dem Gesichtspunkt des Individuellen, d. h. des einmaligen, Einzigartigen, Unersetzlichen, angeschaut". (Gegen die von Rickert für die historischen Wissenschaften begründete Ansicht und gegen Windelband.)

16. Der Begriff der „Strafwürdigkeit" verhält sich zu den Begriffen „Unrecht" und „Schuld" so, daß er beide umfaßt: eine Tat muß nach den Anschauungen, die unser geltendes Gesetz beherrschen, sowohl unrecht wie schuldhaft sein, um strafwürdig zu sein.

In einem weiteren Unterabschnitt des ersten Teils schildert dann Thierfelder die Behandlung des Begriffs des Normativen durch Graf Dohna, Frank, Goldschmidt, Eberhard Schmidt und im letzten Unterabschnitt dieses Teils das Vorkommen des Begriffs des Normativen im Strafrecht außerhalb der Schuldlehre. In der Darstellung der Goldschmidtschen Lehre stört sehr, daß Thierfelder die ältere Ansicht Goldschmidts zugrunde legt und seine neuere eingehend in der Frank-Festgabe begründete Ansicht fast nur in Fußnoten erwähnt.

Der zweite Teil der Arbeit beschäftigt sich mit dem Wert; leider nimmt der Verfasser nicht in auch nur einigermaßen eindringlicher Weise zu den bisherigen „Wertphilosophien" Stellung, (einen leidlichen Überblick über die zahlreichen auf diesem Gebiet bestehenden philosophischen Systeme erhält man schon, wenn man nur Rudolf Eisler a. a. O. unter „Wert" nachliest), sondern versucht, indem er sich zum großen Teil an die Heydesche Lehre anschließt, folgendes zu beweisen:

1. „Wert" sei nicht im Gefühl begründet.
2. „Wert" sei nicht im Willen begründet.
3. „Wert" sei nicht im „Wertbereich" (Rickert) zu finden.

Vielmehr sei es „das Sein der Person, auf das die Objekte sich wertmäßig beziehen" (S. 113). Der Akt der Bewertung sei nicht ein Schaffen, sondern ein Vorfinden, ein Erkennen. Besonders plastisch zeigt sich die weitere Entwicklung der Gedankenreihe des Verfassers dann schließlich in folgendem Satz: „Sobald wir auf menschliche Gebilde als Selbstwert reflektieren, erscheint die Person im Blickfeld, und zwar — und das ist namentlich für das Recht von ausschlaggebender Bedeutung — nicht nur der Einzelmensch ist Person, sondern auch die Gemeinschaft der Menschen, für uns im Vordergrund des Interesses das Volk."

Die ganze Arbeit Thierfelders leidet daran, daß die Darstellungsweise sehr verschwommen ist. Er vermeidet fast ängstlich, genaue Begriffsbestimmungen zu entwickeln, schildert vielmehr immer wieder nur „skizzenhaft" — wie er selbst sagt — die Umrisse der Gedankengänge der anderen und läßt seine eigene Ansicht oft genug nicht deutlich erkennen. Daß die Arbeit im Laufe mehrerer Jahre entstanden ist, und der Verfasser sich erst allmählich zu seinem jetzigen Standpunkt durchgerungen hat, ist ihr noch zu sehr anzumerken: Der Verfasser spricht im ersten Teil von „Norm und Wert" und „Bestimmungsnorm und Bewertungsnorm", „normativ und Bewertung", nimmt aber erst 70 Seiten später zur Bedeutung des Wertes überhaupt Stellung.

Diese Stellungnahme ist im übrigen unzulänglich. Hier macht sich der Mangel einer klaren Begriffsbildung und -bezeichnung besonders bemerkbar. Das Wort „Wert" ist durchaus vieldeutig (und zwar nicht nur in dem vom Verfasser auf S. 93 geschilderten Sinne). André Lalande stellt a. a. O. nicht weniger als 9 Bedeutungen des Begriffs „valeur" fest.

Zur Darstellungsweise Thierfelders sei im übrigen noch folgendes bemerkt:

1. Er neigt gelegentlich zu gefährlichen Verallgemeinerungen: S. 27 „Jeder ‚ismus' bedeutet Übertreibung, und Übertreibung kann leicht dazu führen, daß gerade das, was übertrieben wird, selbst getötet wird". Wie denkt der Herr Verfasser z. B. über Idealismus, Organismus, Nationalsozialismus?

2. Das Verständnis des Buches würde erleichtert, wenn der Verfasser mehr Beispiele gäbe und weniger Bilder verwendete. Zum Schluß seien zwei Gesichtspunkte lobend hervorgehoben: die außerordentliche Belesenheit auf dem Gebiete des Strafrechts und der Rechtsphilosophie und sein ernstliches Bemühen, einmal die nationalsozialistische Weltanschauung als Grundlage einer Wertphilosophie zu verwenden.

RA. Dr. Matzke, Berlin.

Prof. Dr. A. Brand, LGPräs., Mitgl. d. Akad. f. Deutsch. Recht: Die Preußischen Dienststrafordnungen vom 27. Jan. 1932 i. d. Fass. des Ges. v. 18. Aug. 1934 nebst Ausführungs- und Ergänzungsvorschriften. (Taschengesetzsammlung 134.) 3. Aufl. Berlin 1935. Carl Heymanns Verlag. Preis geb. 20 RM.

Nicht lange nach Inkrafttreten des Gesetzes v. 18. Aug. 1934 ist der herrschende Kommentar des Preußischen Dienststrafrechts in neuer vollständig umgearbeiteter Auflage erschienen. Die Umarbeitung dient in erster Linie der Anpassung der Materie an die Grundsätze des neuen Staats. Insbesondere sind die Pflichten der Beamten in diesem Staat eingehend dargestellt, liegt doch der Schwerpunkt des Kommentars nicht im Dienststrafverfahren, sondern — und das macht seinen eigentlichen hervorragenden Wert aus — im materiellen Dienststrafrecht. Zumal von der neuen Auflage gilt dies, die das nationalsozialistische Gedankengut plastisch und eindringlich verarbeitet hat. Überall sind hierbei nicht nur die Rechtsverhältnisse der preußischen unmittelbaren Staatsbeamten einschl. der Richter und Notare, vielmehr auch der Kommunalbeamten und sonstigen mittelbaren Staatsbeamten berücksichtigt worden. Dasselbe gilt von den Kündigungsbeamten. Auch die außerhalb der Disziplinierung liegenden Versetzungen und Zwangspensionierungen haben eingehende Behandlung erfahren. Daß die höchstrichterliche Rechtsprechung und das Schrifttum bis in die neueste Zeit angezogen worden sind, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden. Rein technisch betrachtet, ist der Benutzungswert des Buchs durch den Mitabdruck zahlreicher Nebengesetze, insbesondere auch der einschlägigen Vorschriften der StPO. und der ZPO., gesteigert. Die neu befolgte Methode, die den Hauptgegenstand des Kommentars bildenden Gesetze in der neuen Fassung zunächst hintereinander ohne Erläuterungen abzudrucken, wodurch die Übersicht über die Gesetzestexte erheblich erleichtert ist, sei allen dickleibigen Kommentaren zur Beachtung empfohlen.

Alles in allem ist das Brandsche Erläuterungswerk für jeden, den es angeht, ein unentbehrlicher und nirgends im Stich lassender Berater.

SenPräs. Prof. Dr. Klee, Berlin.

OVGR. Dr. Friedrich Everling, MdR., und RegR. Dr. Kurt Behnke: Die preußische Beamtendienststrafordnung in der ab 1. Oktober 1934 geltenden Fassung. Berlin und Leipzig 1934. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis 1,50 RM.

SenPräs. am KG. Dr. K. Klee: **Preußisches Dienststrafrecht mit Neben- und Ausführungsvorschriften.** Berlin 1934. R. v. Decker's Verlag, G. Schenk. Preis in Halbleinen 2,50 RM.

Die Änderung des preußischen Dienststrafrechts durch das Gesetz v. 18. Aug. 1934 hat keine amtliche Bekanntmachung der nunmehr geltenden Fassung der beiden preußischen Dienststrafgesetze im Gefolge gehabt. Diese Unterlassung ist wohl darauf zurückzuführen, daß der Gesetzgeber nicht den Eindruck erwecken wollte, als ob ihm der Übergangscharakter der Neuregelung verborgen geblieben sei. Das Ziel der

Reform des Dienststrafrechts, dem wir mit Riesenschritten entgegeneilen, kann nur ein einheitliches Dienststrafrecht des Reiches sein. Deshalb verlohnte es sich für den preußischen Gesetzgeber nicht mehr, die jetzt — infolge der Nov. v. 18. Aug. 1934 — geltende Fassung der preußischen Disziplinargesetze amtlich bekanntzumachen. Gleichwohl hat die erwähnte Novelle sowohl in materieller wie auch in formeller Hinsicht so zahlreiche Änderungen des preußischen Dienststrafrechts gebracht, daß sich die Herausgeber der hier angezeigten Textausgaben mit der Zusammenstellung der Dienststrafgesetze in der geltenden Fassung ein Verdienst erworben haben.

Die Änderungen der Nov. v. 18. Aug. 1934 waren vor allem darauf ausgerichtet, den Erfordernissen der nationalsozialistischen Staatsauffassung auch im Bereich des Dienststrafrechts Geltung zu verschaffen. So liegt die Bedeutung der preußischen Reform weniger darin, daß sie das geltende preußische Recht geändert, als vielmehr darin, daß sie „eine wertvolle Vorarbeit für das kommende Reichsdienststrafrecht" (so Everling, Einleitung) gebracht hat. Diese Bedeutung der preußischen Novelle als wertvolle Vorarbeit für das kommende Reichsdienststrafrecht ergibt sich auch daraus, daß das preußische Ges. v. 18. Aug. 1934 die erforderliche Zustimmung der Reichsregierung erhalten hat, woraus sich ergibt, „daß seine Neuerungen im Rahmen der Richtlinien liegen, die für die bevorstehende Reichsreform der Gesamtmaterie maßgebend sein werden" (so Klee, Einleitung).

Bei beiden, hier angezeigten Neuerscheinungen handelt es sich um schätzenswerte literarische Helfer. Beide sind Textausgaben, doch bestehen zwischen ihnen wesentliche Unterschiede:

Die Textausgabe von Everling-Behnke beschränkt sich auf die Wiedergabe der preußischen Beamtendienststrafordnung, enthält also nicht zugleich den Text der Richterdienststrafordnung. In diesem sachlich beschränkten Rahmen leistet die Textausgabe von Everling-Behnke jedoch vortreffliche Dienste: sie ist mit einer richtungweisenden und instruktiven Einleitung von Everling ausgestattet und enthält knappe, aber förderliche Anmerkungen von Behnke; schließlich ist auch noch das gut orientierende Sachregister des kleinen, handlichen Bändchens zu erwähnen. So leistet die Textausgabe von Everling-Behnke gute Dienste und ist allen Interessenten, insbes. allen unmittelbaren und mittelbaren nichtrichterlichen Staatsbeamten, die ja der Beamtendienststrafordnung unterstehen, zu empfehlen.

Der Vorzug der Textausgabe von Klee besteht — neben der knappen, aber trefflichen Einleitung, den Verweisungen und dem ausführlichen Sachregister — vor allem darin, daß nicht nur die Beamten-, sondern auch die Richterdienststrafordnung und ein reicher Apparat einschlägiger Neben- und Ausführungsvorschriften zum Abdruck gelangt sind. Wem es also nicht nur auf die Beamtendienststrafordnung, sondern auch auf die Richterdienststrafordnung und auf das ganze einschlägige Vorschriftenmaterial ankommt, dem sei die Textausgabe von Klee empfohlen.

RA. Reuß, Berlin.

Dr. jur. Karl Bünger: Zivil- und Handelsgesetzbuch sowie Wechsel- und Scheckgesetz von China. (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht. Herausgegeben von Prof. Dr. Ernst Heymann, Berlin. Nr. 73.) Marburg 1934. N. G. Elwert'sche Verlagsbuchh. G. Braun. Preis brosch. 20 *RM.*

Der Verf. gibt in seinem Werk eine Übersetzung des neuen bürgerlichen Gesetzbuches der Republik China von 1929/1930, in das wichtige handelsrechtliche Sondervorschriften eingearbeitet sind, sowie des Wechsel- und Scheckgesetzes vom 30. Okt. 1929. Überall finden sich kurze Hinweise auf die Vor- und Vergleichsbilder der betreffenden Vorschriften, also die Bestimmungen des deutschen BGB. und HGB., des japanischen BGB. und HGB., des schweizerischen Obligationenrechts, der deutschen Wechselordnung und des deutschen Wechselgesetzes, des deutschen Scheckgesetzes usw.

Der Übersetzung geht ein darstellender Teil voraus, der zunächst über die moderne chinesische Gesetzgebung unterrichtet und sodann die Grundzüge der übersetzten Gesetzbücher in klarer und knapper Weise unter steten Hinweisen auf Quellen und Vergleichsbilder entwickelt.

Der Verf. hat sich mit dieser gründlichen und schönen Arbeit Anspruch auf uneingeschränkte Anerkennung und aufrichtigen Dank erworben. Er erschließt uns das moderne Gesetzgebungswerk eines 400-Millionen-Volkes, zu dem uns sonst wegen der Sprachschwierigkeiten der Weg verschlossen oder nur über englische oder französische Übersetzungen geöffnet wäre. Es muß jeden Juristen interessieren, zu erfahren, wie das deutsche Recht den bisher entscheidenden Einfluß des anglo-amerikanischen Rechts auf die ersten modernen chinesischen Gesetze verdrängt hat, freilich nicht durch unmittelbaren Anteil der deutschen Rechtswissenschaft an den Gesetzgebungsvorgängen, aber durch Vermittlung Japans, das sein Privatrecht in der Meiji-Ära an die deutsche Gesetzgebung angeglichen hat.

Die Rechtsvergleichung erhält durch derartige Arbeiten einen außerordentlichen Antrieb. Auch bei der Neugestaltung unseres Privatrechts wird es von großem Wert sein, zu wissen, wie das bisherige deutsche Recht in China weiter gebildet und vereinfacht worden ist.

Als Beleg sei auf einige chinesische Vorschriften über das Mietrecht hingewiesen. Im chinesischen bürgerlichen Gesetzbuch wird nicht zwischen Miete und Pacht unterschieden; das ist durchaus nachahmenswert. Der Gedanke der clausula rebus sic stantibus wird durch die knappe, höchst beachtliche Regel des § 442 folgendermaßen anerkannt:

„Ist eine unbewegliche Sache vermietet, so kann bei Steigen oder Fallen ihres Wertes jede der Parteien bei dem Gericht die Erhöhung oder die Herabsetzung des Mietzinses beantragen, es sei denn, daß für die Miete eine bestimmte Dauer vereinbart ist."

Diese Beispiele dürften bereits zeigen, welche Anregungen der Leser aus dem Studium der wertvollen Arbeit zu erwarten hat.

Prof. Dr. Heinr. Lehmann, Köln.

Vincenzo Manzini, Professor des Strafrechts an der Kgl. Universität Padua: **Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930.** Torino, Unione tipografico-editrice 1933—1934. 3 Bände, zus. 2009 Seiten. Preis 175 Lire.

Nachdem vor kurzem der dritte Band des großen Werkes erschienen ist, wird eine wissenschaftliche, kritische Gesamtbetrachtung möglich und notwendig. Deutschland, das mitten in weitreichenden gesetzgeberischen Versuchen steht, wird den Vergleich nicht scheuen, die Anregungen einer Strafgesetzgebung nicht zurückweisen wollen, die, wie die des faschistischen Italiens, zwar nicht identischen, aber doch in vielen Stücken nicht unähnlichen psychologischen und sozialen Bedingungen ihre Entstehung verdankt.

Wenn die Untersuchung zeigen wird, daß die Unterschiede zwischen den deutschen Denkschriften und Entwürfen — ganz abgesehen von den Forderungen einzelner mehr oder weniger Autorisierter — und dem italienischen Gesetz sehr viel größer sind, als man gemeinhin annimmt, so wird auch diese Tatsache den im Gange befindlichen Vorarbeiten nicht unnützlich sein. Wie man auch zu dem italienischen Strafgesetzbuch von 1930 stehen mag, so läßt sich nicht leugnen, daß es trotz aller Beschleunigung nicht ohne Sorgfalt vorbereitet worden ist. Am 24. Dez. 1925 wurde die Regierung zu einer „Abänderung" des Strafgesetzes und des Strafprozesses ermächtigt. Ein Vorentwurf wurde verfaßt. Dieser Vorentwurf wurde allen juristischen Fakultäten des Königreichs, allen Verbänden von Richtern und Rechtsanwälten, den Obersten Gerichten mit der Bitte um kritische Stellungnahme zugeleitet. Es folgten Durchberatungen in einer ministeriellen und weiterhin einer parlamentarischen Kommission. Erst am 22. März 1930 waren die Arbeiten abgeschlossen, so daß das Gesetz am 19. Okt. 1930 verkündet werden konnte.

Es entspricht durchaus italienischem Brauch, wenn die Aufgaben des Strafrechts, die Stellung des Strafrechts in der Rechtsordnung und die strafrechtliche Methodenlehre in dem Werke Manzinis sehr viel ausführlicher behandelt werden als etwa in deutschen Lehrbüchern. Der historische Überblick ist sehr knapp gehalten; für diese Kürze entschädigt aber eine Fülle von geschichtlichen Anmerkungen bei den einzelnen Problemgruppen. Wesentlich mehr Zurückhaltung zeigt Manzini bei der Verwendung rechtsvergleichenden Materials, und es sollte zu denken geben, daß die deutsche wissenschaftliche Literatur, die nach dem Kriege erschienen ist, kaum oder gar nicht ihren Weg nach Italien gefunden hat. Um so nachhaltiger scheint der Einfluß deutscher Wissenschaft vor dieser Zeit gewesen zu sein. Immer wieder stoßen wir auf die Namen von Holtzendorf, Berner, Binding, v. Buri, v. Bar, aber auch auf Laband, Mommsen und Zitelmann.

Wie in der deutschen Dogmatik unterscheidet die italienische Theorie zwischen grammatischer und logischer Auslegung. Manzini läßt aber das logische Element der Interpretation in eine Reihe von Untergruppen zerfallen: l'elemento sistematico, la ragione della legge, l'elemento storico, l'elemento politico, i lavori preparatori, la legislatione comparata und das soziologische Element. Unter dem politischen Element der Auslegung begreift Manzini die allgemeinen politischen Grundsätze, die dem Staat einen bestimmten Charakter aufprägen und seine Richtung festlegen. Nach dem Verf. kann ein politisches Auslegungselement nur unter der Voraussetzung zugelassen werden, daß der Inhalt der Rechtsnorm in vollem Umfange respektiert wird, der durch keinerlei politisches Motiv verändert werden dürfe (I, 291).

Der soziologische Bestandteil der Auslegung setzt sich aus der Kenntnis der Lebenstatsachen zusammen, die das Gesetz zu ordnen unternimmt. Solange die wirklichen Erscheinungsformen der Kriminalität sich gesichertem Wissen entziehen, bleibt das Strafgesetz eine seelenlose Abstraktion, jeder Versuch einer richtigen Auslegung, möge er sich grammatischer oder logischer Mittel bedienen, ein untauglicher Anfang der Ausführung. Mit einer im luftleeren Raum hängenden „Zweckbeziehung", mit der die Theorie vielfach arbeitet, ist wenig getan.

Lesenswert ist der Beitrag, den Manzini zur vielumstrittenen Frage der Analogie liefert. Das italienische Strafgesetz hat nicht geglaubt, den Satz: nullum crimen sine lege verwerfen zu dürfen [1]); ihm fehlt aber die Bestimmung des spanischen Strafgesetzbuches von 1928 (Art. 3), wonach das Gericht, das auf eine strafwürdige, gesetzlich aber nicht mit Strafe bedrohte Handlung stößt, der Regierung Bericht zu erstatten und motivierte Vorschläge zu machen hat. Nach den Ausführungen Manzinis hatte die Analogie einen sehr erheblichen Anteil an der Entwicklung des römischen Strafrechts. Auch das ältere kanonische Recht, die italienischen Statuten (Venedig 1247, Florenz, Siena 1343, Viterbo 1251) und die Strafgesetze der absoluten Fürsten erkannten die Analogie an. Der Grundsatz einer Bestrafung „ad exemplum legis" findet sich auch in der CCC (Art. 104 und 105) wieder. Die Forderung: Keine Strafe ohne Gesetz, deren lateinische Formulierung nicht aus dem römischen Recht, sondern dem 18. Jahrhundert stammt, wurde mit der Magna Charta von 1215 zuerst in England durchgekämpft, sie ging in das Staatsrecht der Vereinigten Staaten über, wanderte von dort in die französische Philosophie und die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte um 1789 [2]) zurück und beherrscht seitdem die Strafgesetzbücher Europas, mit Ausnahme Sowjetrußlands.

Genau wie der Deutsche Entwurf von 1927 (§ 3 Satz 2) kennt das italienische Gesetz (Art. 2 Abs. 4) bei „Ausnahme- und temporären Gesetzen" das Verbot rückwirkender Kraft nicht. Vorausgegangen war, wie in Deutschland, die Rechtsprechung, so daß die Begründung des Justizministers ohne Übertreibung von einem ius receptum sprechen kann [3]). Manzini wendet sich mit einer gewissen Schärfe und mit beachtlichen Gründen gegen diese Sonderstellung des Zeitgesetzes (besonders I, 328). „Das Ausnahmegesetz", sagt er, „entsteht mit den Umständen, die es erfordern, und lebt solange wie sie; es ist durch seine Notwendigkeit bedingt, die man nicht präsumieren darf, wenn man das entsprechende Gesetz, ohne es zu verlängern, fallen läßt." Es genügt die Begründung des Entwurfs von 1927 (S. 7) zu lesen, der beim Zeitgesetz, das abläuft, den Durchbruch einer „geläuterten Rechtsauffassung" vermißt, oder sich der rein praktischen Argumente des RG. zu erinnern (besonders deutlich in RGSt. 21, 294), um, im Anschluß an die Bedenken Manzinis, eine geistige Überholung des Problems für nützlich und geboten zu halten. Der „Widersinn" (RG.), die „Absurdität" (Relazione), daß auf der Wasserscheide des geltenden und des außer Kraft tretenden Gesetzes die eine oder die andere Tat unbestraft bleiben könne, ist nicht nur Eigenart des Zeitgesetzes, sondern unter Umständen jedes Gesetzeswechsels, eine seiner unvermeidlichen Betriebsstörungen, gegen die Verfahrensbeschleunigung oder das legale Mittel der Gesetzesverlängerung helfen.

Bei der räumlichen Geltung des Gesetzes bereichert die geographische Lage Italiens den Umkreis der Rechtsprobleme. Exklaven, wie Campione (am Lago Maggiore) und Zara, autonome, auf italienischem Staatsgebiet liegende Staaten, wie San Marino und der Kirchenstaat, würden dieses Kapitel des Rechtsanwendungsrechts noch wesentlich verwickelter gestalten, wenn nicht z. B. in der Vatikanstadt das leicht modifizierte [4]) italienische Strafrecht Geltung hätte [5]). Die Bestimmungen des kanonischen Rechts: „Loca sacra exempta sunt a iurisdictione auctoritatis civilis" werden vom Strafrecht des Staates nicht beachtet, wenngleich den außerhalb des Vatikanstaates liegenden kirchlichen Gebäuden Immunität zukommt, solange der Papst in ihnen gottesdienstliche Funktionen ausübt [6]).

Für die räumliche Geltung des italienischen Strafgesetzes auf Schiffen und Luftfahrzeugen, mobilen Bestandteilen des Territoriums sozusagen, hat das italienische Recht eine Zwischenlösung gewählt. Als Inland (territorio dello Stato) werden auch die italienischen Schiffe und Flugzeuge angesehen, wo sie sich auch befinden mögen, „außer sie sind nach internationalem Recht dem Gesetz eines ausländischen Staates unterworfen". Bekannt ist die eindeutige Bestimmung des deutschen Entwurfs von 1927 [7]). Nach der italienischen Doktrin (Manzini I, 360) bleibt alles das, was im Innern eines Schiffes geschieht, ohne nach außen hin zu reflektieren, dem Gesetz des Staates unterworfen, dessen Flagge das Schiff führt. Alles was die äußere Ordnung dagegen bedroht und verletzt, fällt unter das Gesetz des fremden Staates, in dessen Hafen das Schiff liegt. Die Rechtsprechung des Kassationshofes ist widerspruchsvoll [8]), liegt aber vor dem Inkrafttreten des Strafgesetzes von 1930. Einzelne ältere Konsularverträge, so der deutsch-italienische Konsularvertrag vom 21. Dez. 1868, den Art. 25 des Versailler Vertrages wieder in Kraft gesetzt hat [9]), und manche frühere Kongreßresolutionen [10]) lassen Handelsschiffe mit dem Eintritt in heimische Küstengewässer auf jeden Fall zum Inland werden. Damit entfiele die Unterscheidung der an Bord oder an Land verübten Verbrechen.

Technische Verschiedenheiten der Fortbewegung und der Landung erschweren die völlige rechtliche Gleichstellung des Flugzeugs mit dem Schiff. Das im Hafen liegende Schiff ist immerhin nur lose dem ausländischen Territorium angelehnt, es ist von ihm deutlich abgesondert, wenn es vor Anker auf einer Rede liegt. Das Flugzeug landet aber mitten auf einem fremden Flugplatz, mitten unter leicht verletzbaren fremden Hoheitsinteressen und privaten Rechtsgütern. So lautet denn die italienische Regel: Die Flugzeuge eines Staates sind, wenn sie das Territorium eines anderen Staates überfliegen, soweit nichts anderes bestimmt ist, den Gesetzen dieses Staates unterworfen (Manzini I, 365). Ein derartiger Satz muß erst recht für den fremden Flugplatz gelten, und tritt damit zu jener Rechtsprechung in Widerspruch, die den Diebstahl an Bord eines italienischen Dampfers im ausländischen Hafen nicht als im Ausland begangen ansieht. Denn was dem Inländer recht ist, ist dem Ausländer billig, zum mindesten auf dem Gebiet des internationalen Strafrechts.

Die Lehre vom persönlichen Bereich des Strafgesetzes bespricht Manzini (im Gegensatz zum Lehrbuch seines Turiner Kollegen Florian) bei den Subjekten des Strafrechts. Ebenso wie natürliche Gründe (jugendliches Alter, Unzurechnungsfähigkeit, Taubstummheit) die Schuld ausschließen können, mögen staats- oder völkerrechtliche Momente Straflosigkeit herbeiführen. Praktisch bedeutsam ist die scharfe dogmatische Einordnung der einzelnen Befreiungsgründe. Für Italien bestehen infolge der Immunität (Manzini spricht zutreffend von einer „incapacità penale", I, 487) des Königs oder des Papstes alle jene Streitfragen fort, die sich für Deutschland durch den Sturz der Monarchie erledigt haben. Ist der König nur „legibus solutus", oder kann er „do no wrong"? In dem einen Falle wäre die Möglichkeit strafbarer Teilnahme, der Begünstigung, der Hehlerei, der Notwehr gegen einen rechtswidrigen Angriff des Monarchen gegeben, im anderen Falle, mit Ausnahme der Notwehr, nicht. Mit der eleganten Fiktion, der König sei verfassungsmäßig keine Person, sondern eine Institution, man dürfe bei ihm keinen persönlichen Willen, sondern nur einen konstitutionellen Willen suchen, kommen wir im Strafrecht nicht weiter, auch nicht mit dem Hinweis, es sei eigentlich widerspruchsvoll, dem nicht Verantwortlichkeit zuzugestehen, der jeden Verurteilten, also auch sich selbst, zu begnadigen imstande wäre. Leider

[1]) „Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite." Art 1, Codice penale.

[2]) Art. 8.

[3]) Durch Königliches Dekret vom 19. Nov. 1918 wurden Dekrete vom 20. Juni 1915 und vom 4. Okt. 1917 außer Kraft gesetzt, die Defaitismus in Kriegszeiten betrafen. Von der Publikation der Aufhebung an traten die Dekrete außer Kraft. Die Strafverfolgung war erloschen und alle auf Grund der genannten Dekrete ergangenen Urteile wurden aufgehoben. — Man erkennt, daß die Rechtsprechung zum Zeitgesetz eine excessive Reaktion gegen einen Mildeexzeß der Nachkriegszeit darstellt.

[4]) Z. B. steht Todesstrafe auf ein Unternehmen gegen Leben, Unversehrtheit und persönliche Freiheit des Papstes („malgrado la massima: ecclesia non sitit sanguinem" sagt Manzini I, 352), während das italienische Gesetz mit diesen starken Mitteln nur den König, den Prinzregenten, die Königin, den Kronprinzen und den Duce (Art. 280) schützt.

[5]) Gesetz, vom Papst erlassen am 7. Juni 1929.

[6]) Aber nur, soweit die Kirchen bei diesem Anlaß dem Publikum nicht geöffnet sind.

[7]) „Für Taten, die auf einem deutschen Seeschiff oder Luftfahrzeug begangen werden, gelten die Strafgesetze des Reichs, auch wenn das Seeschiff oder Luftfahrzeug z. Z. der Tat nicht im Inland ist" (§ 5 Abs. 2).

[8]) „Wird ein Diebstahl an Bord von der Bemannung eines italienischen Handelsschiffs begangen, das im fremden Hafen vor Anker liegt, so darf er als im Ausland begangen nicht angesehen werden." Cass. 11 Juni 1926. — „Wird ein Delikt an Bord eines ausländischen Handelsschiffes begangen, das in einem italienischen Hafen ankert, so gilt es als auf italienischem Hoheitsgebiet begangen." Cass. 26. Jan. 1927.

[9]) Danach ist es zulässig, einen deutschen Staatsangehörigen auf einem deutschen Schiff in italienischen Hoheitsgewässern „a richiesta estera" zu verhaften (Manzini I, 361).

[10]) Ausführliche Belege und Literatur bei Manzini I, 361.

hat Manzini, der eine lange und interessante Aufzählung der Könige gibt, die trotz aller feierlichen Prärogative doch hingerichtet worden sind [11]), eine klare Entscheidung nicht getroffen. Auch der Wortlaut der Verfassungsbestimmung [12]), „la persona del Re" sei „sacra e inviolabile" [13]), bringt keine Klärung. Wenn das mittelalterliche Strafrecht von der Unverfolgbarkeit des Papstes sprach und sogar das Verbrechen der Häresie von dieser Immunität ausnehmen wollte [14]), so scheinen die alten Juristen mehr an einen persönlichen Strafausschließungsgrund gedacht zu haben. Ähnlich beließ ein Gesetz vom 9. Okt. 1870, nach dem Ende des Kirchenstaats, dem Papst die „Würde, Unverletzlichkeit und alle persönlichen Prärogativen des Souveräns" [15]).

Recht nachahmenswert ist im italienischen Strafrecht die Privilegierung des hohen Alters, die man sich allerdings aus Einzelvorschriften des Strafgesetzbuches und dem Strafprozeß zusammensuchen muß. Nach Art. 163 cod. pen. ist vom 70. Lebensjahr an eine Erleichterung bei der Gewährung bedingter Verurteilung vorgesehen; Art. 605 des cod. di proc. pen. bestimmt, daß die Strafregistereintragungen getilgt werden, wenn eine Person das 90. Lebensjahr erreicht hat. Durch diese Streichung kommen eventuelle Strafschärfungen wegen Rückfalls nicht mehr zur Anwendung. Eine kriminalpsychologische Bemerkung kann ich hier nicht unterdrücken. Manzini meint (I, 483), hohes Alter dürfe keinen generellen Schuldausschließungsgrund abgeben. Seien bei den Alten auch die inhibitorischen und die geistigen Energien schwächer, so seien auf der anderen Seite auch die Antriebe geringer und die Erfahrung größer. Es muß dagegen als sichere Erfahrung angesehen werden, daß gewisse Antriebe beim senilen Menschen, sei es daß die Impulse selbst stärker werden, sei es daß die Hemmungsapparate nicht mehr richtig funktionieren, sich steigern. Mit der zunehmenden Lebensdauer der europäischen Bevölkerungen werden wir auch für die wachsende Gruppe der sehr alten Menschen zu unserem und ihrem Schutze sichernde Maßnahmen ergreifen müssen, die ihrem Zustande angemessen sind.

Dadurch, daß das neue italienische Recht die „Voraussicht des Erfolges" bei den Fahrlässigkeitsdelikten als erschwerenden Umstand einführt (Art. 61 Nr. 3), nimmt es einen Teil des Bezirks in Anspruch, den wir zum dolus eventualis zählen. Die ministerielle Begründung spricht sich (I, 88) ganz unumwunden darüber aus, daß der Vorschlag gemacht worden sei, diese „Fahrlässigkeit mit Voraussicht des Erfolges" dem Vorsatz zuzuschlagen, daß der Gesetzgeber aber zu einer Ablehnung gekommen sei. Die Verhandlungen der ministeriellen Kommission, die Manzini (I, 658) anführt, motivieren die Einführung einer derartigen culpa ex lascivia und kommen zu einer entschiedenen Zurückweisung „di un dolo approssimativo, di un quasi-dolo". Der deutsche Entwurf von 1927 steht in § 17 Abs. 1 grundsätzlich auf einem anderen Standpunkt. Sehr schwierig ist die Frage, ob (abgesehen von ausdrücklich genannten Tatbestandselementen) dem Motiv Einfluß einzuräumen, der verfolgte Endzweck also geeignet sei, den „bösen" Vorsatz auszuschließen. Geht man vom Kriterium der Gefährlichkeit aus, so gewinnt die Suche nach dem Beweggrund die größte Bedeutung. Das italienische Gesetz schlägt einen Mittelweg ein und rechnet das besonders anständige [16]) Motiv zu den allgemeinen Milderungsgründen; das politische Motiv oder die politische Leidenschaft wird im Gesetz von 1930 nicht genannt, offenbar war man bemüht, objektive Maßstäbe des ethisch hochstehenden oder sozial rühmlichen Verhaltens zu finden.

Die Behandlung der Irrtumsfrage im italienischen Strafgesetzbuch von 1930 scheint uns nicht recht weiter zu führen. Die Irrtumslehre ist nach anfänglicher Lockerung (iusta ignorantia, probabilis ignorantia, ignorantia vincibilis) in tiefe begriffliche Erstarrung verfallen. Die rein formalen Kategorien des Tat- und des Rechtsirrtums, der seinerseits wieder die bekannte Zerlegung erfuhr, waren ein allzu grobes, wenn auch anscheinend handliches Mittel, höchst verwickelte Lebenserscheinungen zu bewältigen und rechtlich zu würdigen. Die neuere Neigung (deutscher Entwurf von 1927 § 20, tschechoslowakischer Entwurf von 1926 § 20 Abs. 2) den Rechtsirrtum auf seine psychologische Entstehung hin anzusehen und je nach dem Grade der Entschuldbarkeit mildere Strafe zu verhängen oder Straffreiheit auszusprechen, teilt das italienische Gesetz nicht. Es hält noch an der alten Unterscheidung von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum fest und führt zudem eine neue Schwierigkeit ein, die der Rechtsprechung noch viel Kopfzerbrechen bereiten wird. Es wird nämlich der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum nicht ohne weiteres dem Irrtum über einen Tatumstand gleichgestellt; nur dann wird ihm die Valenz eines Schuldausschließungsgrundes zugemessen, wenn der Rechtsirrtum einen Irrtum über Tatumstände verursacht, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören [17]).

Ich möchte nicht glauben, daß dieser Weg ins Helle führt. Die romanischen Strafgesetzgebungen, die der Irrtumsfrage nur ein verkürztes Interesse zuwenden, werden trotz allen Sträubens sich der von der deutschen Wissenschaft vertretenen, allmählich in die Strafgesetzentwürfe einsickernden Lösung zuwenden. Besonders gut gefällt mir die weite tschechische Formulierung, die erst vom Irrtum über tatsächliche Umstände spricht und dann die Fälle ordnet, in denen „der Irrtum des Schuldigen auf einem anderen Grunde" beruht [18]). Diese Formel umfaßt jede Art irriger Interpretation, möge es sich um Rechtsbegriffe, Rechtssätze oder Rechtfertigungsgründe handeln.

Bei der verminderten Zurechnungsfähigkeit wirft Manzini (II, 115) die Frage auf, ob die Überlegung mit der Feststellung eines „vizio partiale di mente" vereinbar sei. Er kommt zu einer Verneinung, denn der Vorsatz könne nicht zu gleicher Zeit intensiver und weniger intensiv sein. Die hier von Manzini weiter vorgetragenen Anschauungen [19]) verdienen die Beachtung der deutschen Wissenschaft und Rechtsprechung, denen die verminderte Zurechnungsfähigkeit eine Reihe neuer Problemstellungen bietet.

In seiner geschichtlichen Einleitung zum Versuchsproblem stellt Manzini dem römischen Satz: „Sola cogitatio furti faciendi non facit furem" (Dig. 48, 19, 18), die germanische Auffassung gegenüber, die bei einzelnen Verbrechen auch den bloßen Gedanken für strafbar erachtet und aus diesem Grunde einen Versuchsbegriff nicht ausgebildet hätte (Manzini II, 359). Unsere Germanisten würden dem nur sehr bedingt zustimmen, zum mindesten darauf hinweisen, daß bei handhafter Tat Versuch und Vollendung gleichgestellt waren und daß schon in fränkischer Zeit einige selbständige Tatbestände typische Versuchshandlungen mit Strafe bedrohten. Richtig ist wohl, daß erst die städtische Gesetzgebung und Rechtsprechung vom 14. Jahrhundert an eine feinere Herausarbeitung des Versuchsbegriffs aufweist, und hier wird man römischrechtliche und kanonische Einflüsse [20]) nicht abstreiten dürfen. Der behaupteten Strafbarkeit der bloßen „cogitatio" könnte man gerade das zähe Haften des germanischen Rechtstemperaments am schadenbringenden äußeren Erfolge entgegenstellen.

Das italienische Gesetz hält an der milderen Bestrafung des Versuchs fest und lehnt die französische Regelung ab, die Versuch und Vollendung identifiziert. Manzini beruft sich bei seiner Billigung des italienischen Standpunkts, abgesehen von kriminalpolitischen Motiven und der althergebrachten italienischen Rechtsauffassung, auf den Rechtsinstinkt des Volkes, die conscienza publica (Manzini II, 365). Zum Schutz des Königs usw. und des Capo del Governo hat übrigens der Spezielle Teil weitgehende Vorbereitungs- und Versuchstatbestände ausgebildet [21]).

---

[11]) Z. B. Karl I. von England, Ludwig XVI. von Frankreich, Maria Stuart von Schottland, König Joachim Murat von Neapel, Kaiser Maximilian von Mexiko ... Der französische Staatspräsident ist nach richtiger Ansicht strafrechtlich nicht verfolgbar, abgesehen von Hochverrat. Für den deutschen Reichspräsidenten sah die Verfassung strafrechtlich keine Sonderstellung vor, ebensowenig wie der italienische Duce eine solche Exemption genießt.

[12]) Art. 4 der Verfassung.

[13]) Art. 8 des Vertrages vom 11. Febr. 1929 erklärt mit gleichen Worten ausdrücklich für „sacra ed inviolabile la persona del Sommo Pontifice".

[14]) „Licet Papa non possit pro aliquo crimine accusari ... potest tamen pro crimine haeresis accusari et condemnari." Clarus, Sententiarum, Venetiis 1580, p. 29, erwähnt bei Manzini I, 490.

[15]) Mit dieser Auffassung würden sich auch alle Zweifelsfragen lösen, wie der entthronte Monarch oder der abgesetzte Papst strafrechtlich zu behandeln sei, ein schon im Jahre 800 auftauchendes und im Jahre 896 in besonders energischen Formen gelöstes Problem.

[16]) Als mildernder Umstand ist anzusehen, wenn der Angeschuldigte gehandelt hat „per motivi di particolare valore morale o sociale". Art. 62 Nr. 1.

[17]) „L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato une errore sul fatto che constituisce il reato." Art. 47 Abs. 3.

[18]) Als entschuldbar gelten nach § 20 Abs. 2 jene Irrtümer nicht, die ein mit mehr als fünf Jahren bedrohtes Delikt betreffen. ... Taucht hier nicht die alte ignorantia iuris naturalis wieder auf?

[19]) Manzini z. B. hält verminderte Zurechnungsfähigkeit nicht für vereinbar mit der Annahme des Strafverschärfungsgrundes: „motivi abietti o futili" (Art. 61 Nr. 1), ebenso aber auch nicht vereinbar mit dem Begriff des Beharrungsverbrechers (der tendenza a delinquere [Art. 108]).

[20]) Aber das Kanonische Recht kannte bei kirchlichem Hochverrat auch Ausnahmen von der Regel: Excipitur crimen haeresis, quod punitur ob solam cogitationem perfectam." Nach Menochius zit. von Manzini II, 361.

[21]) „Chiunque attenta ..." Art. 276 ff.

Der dritte Band enthält die Strafaufhebungsgründe und die Lehre von den Strafen und den sichernden Maßnahmen. Hier stoßen wir auf eine Reihe von Fragen, die der italienische Gesetzgeber neu aufgeworfen und die Rechtsprechung erst noch durchzuarbeiten hat: die einfache und die qualifizierte Gefährlichkeit des Verbrechers, in ihren vielfachen, vielleicht zu zahlreichen, rechtlichen Ausprägungen (Art. 99 ff.). Wir finden schließlich, dogmatisch in größter Ausführlichkeit ausgebreitet, eine Lehre von der Verhängung, dem Vollzug und der Aufhebung der sichernden Maßnahmen, zu der mancherlei Anmerkungen zu machen wären.

Doch ich glaube dem deutschen Juristen bereits eine ausreichende Vorstellung von dem großen Werke Manzinis vermittelt zu haben. Wenn wir in manchen Fragen, die zum Teil gestreift wurden, die eigene Meinung nicht aufgeben werden, so werden wir mit Dankbarkeit und unverhohlener Anerkennung den starken Impuls der Anregung auf uns wirken lassen, der von der gewaltigen geistigen Arbeit des Werkes ausgeht.

Prof. Dr. v. Hentig, Bonn.

Dr. Edwin Borchard, Prof. der Rechte: Declaratory Judgments. Cleveland 1934. Banks-Baldwin Law Publishing Co.

Das stattliche Buch von fast 700 Seiten ist eine wissenschaftliche Monographie und bringt eine grundsätzliche und tiefschürfende Erörterung der Feststellungsklage und des Feststellungsurteils. Dieses Thema wird vom Verf. mit umfassender Blickweite rechtspolitisch, rechtsdogmatisch, rechtsgeschichtlich und rechtsvergleichend behandelt und dürfte wohl schwerlich je zuvor eine gleichermaßen umfassende und gründliche Bearbeitung gefunden haben.

Der Verf., ein bekannter und angesehener amerikanischer Professor, nimmt naturgemäß — seinem geographischen Standort entsprechend — seinen Ausgangspunkt vom amerikanischen Recht. Das hindert ihn aber nicht, sein Thema in wahrhaft enzyklopädischer Weltweite zu behandeln und dabei auch insbes. auf die europäischen Rechtssysteme einzugehen. So kommt bei ihm auch das deutsche Recht wiederholt zu Wort (S. 174 und S. 215—221), wobei sich die erschöpfende Behandlung, die Borchard dem Thema seines Buches widerfahren läßt, auch darin erweist, daß dieses Thema vom Verf. nicht nur in zivilprozeßrechtlicher und strafprozessualer, sondern auch in verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Hinsicht behandelt wird.

Borchard sieht in dem prozessualen Behelf der Feststellungsklage „an instrument of preventive justice", ein Werkzeug vorsorgender Gerechtigkeit, dem offensichtlich seine besondere Liebe gilt. Immer wieder betont er, daß es eine tiefe soziale Weisheit sei, den Bürger bei bestehenden rechtlichen Spannungen nicht zur „kriegerischen" (belligerent) Leistungsklage zu nötigen, sondern ihm die kultiviertere Form des richterlichen Feststellungsurteils verfügbar zu halten. Die Feststellungsklage vollzieht sich nach Borchards Ansicht ohne jene eifernde Bitternis, mit der bei einer Leistungsklage letzten Endes um die Bereitstellung staatlichen Zwanges gegen die unterlegene Prozeßpartei gefochten wird; es handelt sich bei ihr also um eine gesittetere Kampfesweise ohne Gewalt und ohne Bruch wirtschaftlicher und sozialer Beziehungen (civilized fashion without violence or breach of economic and social relations, S. X). Diese psychologische Fundierung macht den Reiz der Ausführungen Borchards aus. Für ihn hat die „tatkräftige und kriegerische" Leistungsklage (more vigorous and bellegerent judgment) den Beigeschmack des Rohen und Unkultivierten, weil man mit ihr nicht auf eine kultivierte Form der Klarstellung von Rechten und Rechtsbeziehungen, sondern auf die demütigende Auslieferung des unterlegenen Gegners an den staatlichen Zwang ausgehe: das ist nicht gentlemanlike! Die Feststellungsklage ermöglicht es, gesetzliche Positionen wirksam zu verteidigen „ohne jene ‚Hahnsicherheit', die eine demütigende Niederwerfung des Gegners erstrebt" (S. X). „All parties to the judicial proceedings for a declaration of rights appear to remain gentlemen and it is possible to have differences as to legal rights without becoming enemies." Alle Parteien einer Feststellungsklage bleiben also nach Borchards Meinung „gentlemen" und tragen ihren Streit aus, ohne Feinde zu werden. In der Ermöglichung einer solchen Atmosphäre, in der ehrbare Zweifel behoben werden können, ohne Haltung zu verlieren und Positionen zu räumen (honest doubt may be admitted without sacrifice of position), erblickt Borchard ein wertvolles Mittel sozialer Befriedung.

Hinsichtlich der deutschen Verhältnisse überschätzt Borchard für das Gebiet des Verwaltungsrechts — wenigstens für das Gebiet des preußischen Rechts — die Zulässigkeit von Feststellungsklagen; das PrOVG. ist aus Gründen der Prozeßökonomie Feststellungsklagen durchaus abgeneigt. Im allgemeinen ist aber auch die Schilderung des deutschen Rechtszustandes bei Borchard durchaus zuverlässig.

Die Darlegungen des Verf. werden seinem Buch wegen der Vielseitigkeit und der Gründlichkeit der Stoffbehandlung den Ruf eines literarischen Standardwerkes einbringen. Für rechtsvergleichende Studien wird dieses Werk fortan unentbehrlich sein. So kann also dem Verf. ein Kompliment zurückgegeben werden, das er in achtungsvoller Weise der deutschen Wissenschaft entbietet (S. 215): sein Werk zeugt von einer „characteristic profundity".

RA. Reuß, Berlin.

Jus Gentium Methodo scientifica pertractatum by Christian Wolff. 2 Bände. Oxford 1934. Clarendon Press. Preis 36 sh.

Diese Ausgabe gehört zu der Reihe der Klassiker des internationalen Rechts, die für die Carnegie-Stiftung von James Brown Scott herausgegeben werden. Unter den früher erschienenen, zum Teil von v. Bar herausgegebenen Bänden sind die Meisterwerke Pufendorfs und Grotius' zu erwähnen. Die Anlage des neuen Bandes entspricht der der früheren: zunächst wird der Originaltext nach einer besonders empfehlenswerten Ausgabe — hier ist es die von 1764 — photographisch reproduziert, nicht ohne daß in einer sorgfältigen Liste die Druckfehler des Originals aufgezählt sind. Daran schließt sich eine — wie Stichproben ergeben — gute englische Übersetzung. Für jeden Völkerrechtler bedeutet die Ausgabe eine wichtige Erleichterung für historische Studien, besonders für solche Forscher, die leichter Englisch als Lateinisch lesen. Auch für den Internationalprivatrechtler enthält Wolffs Werk einiges wenige. (§§ 326, 327, 328, 332 z. B. — Es wäre zu wünschen, daß diese zweite Seite des internationalen Rechts bei den künftigen Ausgaben der Serie die ihr gebührende Berücksichtigung findet.) Eine gut belegte Einleitung von Prof. Nippold beschreibt Leben und Werk des großen Philosophen; sie ist auch für den von Wert, der die eingestreuten politischen Bemerkungen scharf ablehnt; als Beispiel dieser sei etwa die wiederholte Feststellung erwähnt, „daß man im Anwachsen der demokratischen Kräfte in der Welt eine Garantie dafür erblicken dürfe, daß das Recht in der Welt mehr und mehr zur Herrschaft gelangen werde" (S. XXXV).

AR. u. LR. Dr. Karl Arndt, Berlin.

Dr. Albert Milota, f. profesor university Komenského: Reforma trestního zákona v Československu (Reform des Strafgesetzes in der Tschechoslowakei). 1934. Verlag der Právnické Jednoty na Slovensku v Bratislavě (Juristenvereinigung in der Slowakei in Preßburg). Preis 40 Kč.

Die Tschechoslowakei hat bekanntlich im Jahre 1918 bei ihrem Entstehen für die Slowakei und Karpathorußland das ungarische und für ihre anderen Gebiete das altösterreichische Gesetzesmassiv übernommen. Darin auch Strafrecht und Strafprozeß. Nicht nur das Bedürfnis des neuen Staates an und für sich, sondern auch die Entwicklung der Rechtswissenschaft, auch die Tendenz der Unifikation des Rechtes in der Tschechoslowakei, brachte verschiedene Novellierungen auf den verschiedenen Rechtsgebieten, aber auch schon einen neuen Kodifikationsentwurf des bürgerlichen Rechtes und auch einen solchen des Strafrechtes und des Strafprozesses. Der Kodifikationsentwurf für das neue tschechoslowakische Strafrecht stammt aus dem Jahre 1926 und legt nun das Mitglied der legislativen Kommission hierfür des Justizministeriums, der Prof. der Preßburger Komensky-Universität Dr. Milota, eine allgemeine Behandlung des Entwurfes nach seinem Entstehen, nach seinen Tendenzen und nach seinem wissenschaftlichen und auch staatspolitischen Inhalte vor. Das Buch behandelt kritisch die bisherige Strafgerichtsbarkeit, ihre Reformbestrebungen, die vorliegende Kompromißlösung, die Begrenzung des Wirkungskreises des Strafrechtes, die Freiheit der richterlichen Entsch., die Einteilung der Straftaten, Strafverantwortung für die Schuld und das Ergebnis, Zurechnungsfähigkeit, Verschulden, Irrtum, Versuch, strafbare Mitwirkung usw. in tschechischer Sprache und faßt den Inhalt des Werkes in einer deutschen Übersicht zusammen.

Diese genügt vollständig, um den immerhin neuen Geist des mit dem Entwurfe unifizierten Strafgesetzes zu erfassen. Sie genügt auch als sozusagen rechtswissenschaftliche Verantwortung des Gesetzgebers. Inwieweit in dem Entwurfe dem neuesten Geiste der Strafgesetzgebung rechtspolitischer Natur Rechnung getragen wurde, Schädigungen allgemeiner Ordnungen, der Wirtschaftsordnung, der Arbeitsordnung, der Betriebsordnung der Arbeitskraft des Volkes unter Strafsanktion zu setzen, wie dies etwa in den reichsdeutschen Strafrechtsentwürfen zum Ausdruck kommt, die Delikte, die den Staat angreifen, in den Vordergrund zu stellen, den Schutz der Volksgemeinschaft zu tendieren, müssen solche Neueinführungen in der Tschechoslowakei als in einem Nationa-

litätenstaat begreiflicherweise zurücktreten. Man wird deswegen in dem vorl. ausgezeichneten, orientierungsfähigen und interessanten Werke vielleicht die bzgl. Behandlung und sozusagen Verantwortung des Gesetzgebers vermissen. Bezeichnet der Verf. den neuen Strafgesetzentwurf als ein Kompromiß zwischen der alten klassischen und der neuen positiven Schule, so ist es noch nicht einmal ein Kompromiß zwischen liberalistischen und faschistischen Rechtsanschauungen.

Advokat Dr. Josef Stark, Prag.

Dr. **Rudolf Schranil**, ord. öff. Prof. der Rechte an der deutschen Universität in Prag, und Dr. **Friedrich Janka**, RegR. der Landesbehörde: **Tschechoslowakische Gesetze. I. Das öffentliche Recht der Tschechoslowakischen Republik.** 2. Teil. Staatsrechtsquellen außer den Verfassungsgesetzen. Prag 1934. Roland Verlag. Preis 150 Kč.

Auch für den 2. Teil des Werkes ist die Fülle des Materials, dessen Durcharbeitung und übersichtliche Anordnung hervorzuheben. Der zu behandelnde Stoff ist größer als der im 1. Teil erfaßte, trotz des dadurch größeren Umfanges hat das Buch aber an Handlichkeit nicht etwa verloren.

Die Zusammenarbeit des Wissenschaftlers mit dem Praktiker tritt wieder glücklich in Erscheinung. — Der 2. Band behandelt die Staatsrechtsquellen außer den Verfassungsgesetzen, diese im formellen Sinne verstanden, also oft wichtigere Normen als diese selbst. Die Bestimmungen betreffend die Herrschaftsgewalt des Staates, seine Symbole, die Wähler, die Nationalversammlung, das Staatsoberhaupt und die Regierung kennzeichnen die einzelnen Abschnitte. Die Rechtsquellen bezüglich des Wahl-, des Verfassungsgerichtes und der obersten Rechnungskontrollbehörde sind eingeordnet. In den Bemerkungen finden wir Hinweise auf die Staatslehre. Wenn sie diesmal nicht den breiten Raum einnehmen wie im 1. Teile, so ist dies deshalb, weil des öfteren eine Verweisung auf diesen mit seiner ausführlichen Einführung hinreicht. Die einschlägige Literatur und die Rechtsprechung bis in die allerletzte Zeit ist verarbeitet. Außer den Gesetzestexten sind wieder die Materialien der Regierung und der gesetzgebenden Körperschaften abgedruckt. „Die Rechtsätze erlangen erst durch die Anschauung der Wirklichkeit Leben“, sagen die Herausgeber im Vorworte des vorliegenden Bandes. Zu diesem Zwecke bringt ein Anhang statische Angaben (Struktur der Bevölkerung, Ergebnisse der bisherigen Wahlen, Regierungen, Klubs der Volksvertreter). Einen breiten Raum nimmt die Behandlung der Schutzgesetze ein. Hier findet man das Gesetz über die außerordentlichen Verfügungen i. d. Fass. des Ges. vom 10. Juli 1933 (Slg. 125), das RepSchG., ebenfalls in der novellierten Fassung des Jahres 1933, sodann das Ges. vom 12. Juli 1933 betr. die Versorgung staatsfeindlicher Tätigkeit von Staatsbediensteten und die unfreiwillige Versetzung von Richtern auf einen anderen Dienstposten, ebenso wie das Ges. vom 25. Okt. 1933 (Slg. 201) über die Einstellung der Tätigkeit und die Auflösung politischer Parteien. Dieser Abschnitt insbes. wird den Band auch etwa dem Politiker und Interessenten am Auslanddeutschtum wertvoll machen. Das Parteiengesetz wurde bisher gegen zwei — deutsche — Parteien in Anwendung gebracht. Wie aus dem Regierungsbeschluß vom 11. Nov. 1933 hervorgeht, auf Grund der Ergebnisse des bekannten nationalsozialistischen „Volkssportprozesses“, die Sanktionen des Gesetzes zur Verfolgung staatsfeindlicher Tätigkeit von Staatsbediensteten haben bisher viele hundert Sudetendeutscher getroffen. Die Herausgeber unterlassen selbstverständlich eigentliche politische Betrachtungen, die wissenschaftliche Kritik läßt aber des öfteren nicht ganz um sie wenigstens durch Andeutungen herumkommen. Diese lesen sich besonders interessant, geben Anregungen und Einblicke; dies besonders bei Vergleichung mit den abgedruckten Materialien. In einem Nachtrag haben die Autoren auch die während der Drucklegung des Buches herausgekommenen bezüglichen Gesetze und Verordnungen vermerkt, darunter wieder vor allem die auf die Schutzmaßnahmen des Staates bezüglichen wie das Ges. vom 21. Juni 1934 über die außerordentliche Verordnungsgewalt, die Novellen vom 10. Juli 1934 zum Schutzgesetz und Preßgesetz.

Advokat Dr. Josef Stark, Prag.

Bruno Gleitze: Statistisches Lexikon. Ein universelles Nachschlagewerk der deutschen und internationalen Statistik. Tübingen 1935. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Preis in Ganzleinen 12 *RM*.

Seit langem sind statistische Aufzeichnungen zu einem unentbehrlichen Hilfsmittel für Wissenschaft und Praxis des wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Lebens geworden. Laufend erscheinen ihre Veröffentlichungen in umfangreichen Büchern. Das statistische Quellenmaterial ist aber im Laufe der Zeit derartig angewachsen, daß es selbst für den Kundigen schwierig geworden ist, durch die Tabellen, Register und endlosen Zahlenreihen hindurchzufinden.

Hier schaltet sich nun das „Statistische Lexikon“ ein. Es bringt eine Übersicht über die wichtigsten Ergebnisse von den Anfängen der statistischen Forschung bis zur Gegenwart. Die gewählte Darstellungsform ist leicht verständlich und übersichtlich. Schmückendes Beiwerk ist restlos ausgelassen worden; schon dadurch unterscheidet sich dieses Lexikon vorteilhaft von anderen Quellensammlungen. Das Lexikon ist nach Stichworten in alphabetischer Reihenfolge aufgebaut. Zu jedem Stichwort sind eingehende Quellenangaben und Literaturhinweise vermerkt. Zahlreiche Schaubilder helfen zum Verständnis der zahlenmäßig angegebenen Vorgänge. [L.]

Eingegangene Bücher

Gesetz zur Vorbereitung des organischen Aufbaues der deutschen Wirtschaft v. 27. Febr. 1934 und Durchführungsverordnung v. 27. Nov. 1934. Textausgabe mit Sachregister. Mannheim 1934. Deutsches Druck- u. Verlagshaus GmbH. Preis 0,60 *RM*.

Dr. jur. Walter Hofmann: Reichsgesetz über das Kreditwesen v. 5. Dez. 1934. Textausgabe mit Verweisungen, Einleitung und Sachregister. Mannheim 1935. Deutsches Druck- u. Verlagshaus GmbH. Preis 1 *RM*.

Schnellkartei des Reichsrechts. Bd. 2: Handelsrecht. 6. Ersatz- u. Ergänzungslieferung. Ausgegeben Dezember 1934. Köln. Verlag Dr. Otto Schmidt (Hansahaus).

Dersch: Reichsversicherungsordnung mit Ausführungsbestimmungen und Nebengesetzen. (Sammlung deutscher Gesetze Bd. 114.) Textausgabe mit Sachregister. 4. Aufl. Mannheim, Berlin u. Leipzig 1934. Deutsches Druck- u. Verlagshaus GmbH. Preis in Leinen 4,40 *RM*.

Dersch: Angestelltenversicherungsgesetz mit Ausführungsbestimmungen. (Sammlung deutscher Gesetze Bd. 137.) Textausgabe mit Sachregister. 2. Aufl. Mannheim, Berlin u. Leipzig 1934. Deutsches Druck- u. Verlagshaus GmbH. Preis in Leinen 2,40 *RM*.

MinDir. Dr. Mansfeld: Arbeitsrecht. Sammlung der gesetzlichen Vorschriften zur Regelung der Arbeitsverhältnisse. Textausgabe mit Verweisungen, Übersichten und kurzen Anmerkungen nebst ausführlichem Sachregister. 21., völlig neubearb. Aufl. (58.—60. Tausend). Mannheim, Berlin u. Leipzig 1934. Deutsches Druck- u. Verlagshaus GmbH. Preis 7,50 *RM*.

Prof. Dr. Heinrich Schultz, SenPräs. i. R.: Nachtrag zur Zivilprozeßordnung. Textausgabe. 23. Aufl. Nach dem Stand vom 1. Jan. 1935. München u. Berlin. C. H. Becksche Verlagsbuchh. Preis 0,30 *RM*.

Amts- u. Landrichter Dr. W. Wilhelmi: Zwangsversteigerungsgesetz mit den landesrechtlichen, steuerrechtlichen und notrechtlichen Ergänzungsbestimmungen. (Kurzkommentare in Baumbachscher Erläuterungsweise, Nachtrag zu Bd. 12 nach dem Stand vom 1. Jan. 1935.) München u. Berlin 1935. C. H. Becksche Verlagsbuchh. Preis geh. 0,40 *RM* (Kurzkommentar mit Nachtrag 9 *RM*).

Verordnung über Tafelwässer mit Begründung zum Entwurf der Verordnung und Erläuterungen von ORegR. Dr. P. Förster, Mitglied des RGesA., und Dr. H. J. Steinbeck, wissenschaftl. Angestellten im RGesA. Berlin. R. v. Deckers Verlag, G. Schenck. Preis 1,20 *RM*.

Verordnung über Teigwaren und Begründung zum Entwurf der Verordnung mit Erläuterungen von ORegR. Dr. F. Schröder, Mitglied des RGesA., und Dr.-Ing. F. Lamprecht, wissenschaftl. Angestellten im RGesA. Berlin. R. v. Deckers Verlag, G. Schenck. Preis 1,10 *RM*.

Rechtsprechung

A. Ordentliche Gerichte

Reichsgericht

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgericht. — † Anmerkung.]

a) Zivilsachen

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser und Huber

1. §§ 242, 812 ff., 818, 273 BGB.

I. Die Berufung des Verkäufers auf Formmängel des Vertrages ist nur dann arglistig, wenn dieser den Käufer schuldhaft über die Formnotwendigkeit irregeführt hat. Davon kann keine Rede sein, wenn beide Parteien bewußt gegen die gesetzliche Formvorschrift verstoßen haben.

II. Es bedeutet eine wertbeständige Anlage von Papiermarkgeld, wenn dieses vor weiterer Entwertung zur Bezahlung von Schulden oder zur Bestreitung notwendiger Bedürfnisse verwandt worden ist.

III. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts wegen einer geringen, nur möglicherweise bestehenden, noch nicht geklärten Forderung gegenüber einer geschuldeten hochwertigen Forderung widerspricht Treu und Glauben und dem Sinn der Zurückbehaltung.

Nachdem durch Urteil des RG. v. 22. Juni 1932, V 327/31, die Nichtigkeit des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrags v. 15. Juni 1922 festgestellt war, und weil die Auflassung nach Versagung der nach dem PrGrVerkG. erforderlichen behördlichen Genehmigung rechtsunwirksam war, hat das BG. die Ansprüche der Kl. auf Grundbuchberichtigung durch ihre Wiedereintragung als Eigentümerin und auf Herausgabe des Grundstücks zuerkannt. Die vom Bekl. vorgebrachte Verteidigung, die Berufung der Kl. auf die Formnichtigkeit sei arglistig, verwirft das OLG. Es billigt dem Bekl. ein Zurückbehaltungsrecht wegen etwaiger Forderungen auf Erstattung des Kaufpreises und aus Verwendungen auf das Grundstück bis zum 31. Dez. 1932 zu. Bei Verrechnung dieser Forderungen gegen die Ansprüche der Kl. auf Erstattung von Mieten, welche der Bekl. seit Klagerhebung bezogen habe, kommt es aber zu dem Ergebnis, daß bei für den Bekl. günstigster Berechnung kein Überschuß für ihn bleibe. Daher wurde die Verurteilung des Bekl. ohne Einschränkung ausgesprochen.

I. Die Meinung des OLG., daß kein die Arglisteinrede rechtfertigender Tatbestand vorliege, ist zu billigen. Nach ständiger Rspr. ist die Berufung des Verkäufers auf Formmangel nur dann arglistig, wenn dieser den Käufer schuldhaft über die Formnotwendigkeit irregeführt hat. Davon kann aber dann nicht die Rede sein, wenn beide Parteien bewußt gegen die gesetzliche Formvorschrift verstoßen haben (RG. 107, 180[1], 361; 115, 35[2]); JW. 1926, 1810). Aus den Anführungen des Bekl. ergibt sich, daß er das vom Gesetz aufgestellte Erfordernis der Beurkundung des ganzen Kaufpreises sehr wohl gekannt hat. Er mag nur auf Grund der Angaben der Gegenseite geglaubt haben, eine Abweichung vom Formerfordernis werde ihm keinen Schaden bringen, weil sich die Gesetzwidrigkeit irgendwie werde bemänteln lassen, und weil die Verkäuferin mit ihrem Mann Schweigen gelobt hatten. In einem Irrtum über die gesetzliche Unzulässigkeit solcher Beurkundung, über die rechtliche Notwendigkeit, die Form einzuhalten, aber hat er sich nach seiner eigenen Behauptung nicht befunden. Da das gesetzliche Formerfordernis der Parteiverfügung entzogen ist, so vermag auch eine noch so feierliche Zusicherung einer Partei, sich auf einen Formmangel nicht berufen zu wollen, die Einhaltung richtiger Beurkundung nicht zu ersetzen (RG. 117, 121[3])). Es ist kein Grund vorhanden, von dieser im Ordnungs- und Sicherungszweck gesetzlicher Formvorschriften begründeten, in ständiger Rspr. niedergelegten Auffassung abzuweichen. Der Bekl. hat an der Außerachtlassung des Gesetzes bewußt teilgenommen. Ganz anders liegt der in RG. 135, 374[4]) entschiedene Fall, auf den sich der Bekl. glaubt stützen zu können, wo der dortige Kl., der Geleistetes aus dem Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordert, die damit erkaufte Leistung des Bekl. voll ausgenutzt hatte, und wo der so dem Kl. zugeflossene Vorteil auch nachträglich nicht mehr rückgängig zu machen war. Im vorl. Fall aber kann eine völlige Beseitigung der gegenseitig gewährten Leistungen nach Bereicherungsgrundsätzen stattfinden. Wenn die Bekl. behauptet, die Kl. habe auf jede Weise die Erteilung der behördlichen Genehmigung zu hintertreiben versucht, so liegt darin kein Tatbestand der Arglist. Da der formungültige Vertrag keine Treupflicht für die Kl. begründete, so durfte sie dessen Wirksamwerden bekämpfen und zu hindern suchen. Daß sie sich dabei unlauterer Mittel (RG. 110, 364) bedient hätte, ist nirgends behauptet worden oder sonst hervorgetreten. Nach alledem bestehen keine rechtlichen Bedenken dagegen, zugunsten der Kl. die sich aus Nichtigkeit des Vertrags und endgültiger Unwirksamkeit der Auflassung ergebenden Folgen der Grundbuchberichtigung und Grundstücksherausgabe zu ziehen.

II. Rechtlich nicht zu billigen aber ist die Behandlung der Forderung des Bekl. auf Rückgewähr seiner Kaufpreiszahlung durch das OLG. Der Bekl. hatte am 16. Juni 1922 den Betrag von 120 000 ℳ gezahlt. Das BG. nimmt an, daß davon 20 000 ℳ zur Rückzahlung einer Hypothek und der Rest zur Anschaffung von Kleidung, Wäsche und sonstigen Bedürfnissen des täglichen Lebens verwandt worden seien. Es meint, eine Bereicherung der Kl. bestehe aber nicht mehr: Hinsichtlich der Hypothek nicht, weil der Hypothekengläubiger die Anmeldung zur Aufwertung versäumt habe, die Kl. daher keine Aufwertungsschuld für diese Hypothek habe und so auch nicht die Bezahlung der 20 000 ℳ im Werte von 252 GM. zu ihren Gunsten zur Verrechnung komme. Hinsichtlich der Anschaffungen nicht, weil nach der allgemeinen Lebenserfahrung nach so langer Zeit keine Bereicherung mehr aus ihnen besteht.

Nach ständiger Rspr. des RG. bedeutet es eine wertbeständige Anlage des Papiermarkgeldes, wenn dieses vor weiterer Entwertung zur Bezahlung von Schulden oder zur Bestreitung notwendiger Bedürfnisse verwandt worden ist (JW. 1926, 790[5]; 1927, 38, 1364[16]). Hier hat die Kl. mit 20 000 ℳ ihre Hypothekenschuld zum Betrage von 252 GM. abgezahlt. Dadurch ist sie um diesen Betrag endgültig bereichert worden. Der Umstand, daß sie später infolge Unterbleibens der Aufwertungsanmeldung jegliche Aufwertung erspart hat, beseitigte diese Bereicherung nicht. Hätte die Kl. nicht wenigstens den Papiermarkbetrag bezahlt gehabt, so wäre eine Anmeldung zur Aufwertung nach § 16 AufwG. nicht erforderlich gewesen und hätte der Kl. dann noch die Aufwertungslast obgelegen. Insofern ist ihr die Zahlung bleibend sehr vorteilhaft gewesen. Mit der Anschaffung von Waren für Lebensbedürfnisse hat die Kl. das verwandte Geld wertbeständig angelegt, ganz gleich, ob diese Dinge — Kleidung, Lebensmittel — im Laufe der Zeit aufgebraucht sind. Hätte

[1]) JW. 1924, 535. [2]) JW. 1927, 765.

[3]) JW. 1927, 2118. [4]) JW. 1932, 2972.

die Kl. nicht das vom Bekl. empfangene Geld in dieser Weise verwandt, so hätte sie dafür anderes Geld aufwenden müssen. Für die Bewertung dieser wertbeständigen Anlage ist der richtige Maßstab nicht der über den Dollar gerechnete Goldwert der Papiermarksumme, sondern die nach Lebenshaltungsindex zu bemessende Kaufkraft im Inlande. Das ergibt für 100000 PM. Ende Juni bis Mitte Juli 1922, wo das Geld verwandt sein mag, für 100000 PM. einen Wert von rund 2000 GM. Danach würde die Kl. für den dem Bekl. zurückzugewährenden Kaufpreis nicht nur mit 1644 GM., wie sie selbst rechnet, sondern mit 2252 GM. zu belasten sein. Das ergibt eine Mehrbelastung der Kl. mit 608 *RM* gegenüber der bisher vom OLG. aufgestellten Rechnung. Damit ist dann der in dieser zugunsten der Kl. errechnete Überschuß von 581 *RM* aufgezehrt und es bleibt danach noch die Möglichkeit, daß dem Bekl. aus der Gesamtverrechnung bis 31. Dez. 1932 eine Überschußforderung von 27 *RM* zustehe. Festgestellt ist das aber noch nicht. Denn das OLG. hat 10673 *RM* von der vom Bekl. aufgestellten Rechnung nur als möglich unterstellt, nicht aber festgestellt.

III. Bei dieser Sachlage ist die vom OLG. ausgesprochene Verurteilung des Bekl. zur Grundbuchberichtigung und zur Herausgabe des Grundstücks ohne Zurückbehaltung aufrechtzuerhalten. Denn es würde Treu und Glauben und dem Sinn der Zurückbehaltung widersprechen, wenn der Bekl. die Möglichkeit haben sollte, für eine so geringe, nur möglicherweise bestehende, aber noch nicht geklärte Forderung die von ihm geschuldeten hochwertigen Leistungen zurückzuhalten, zumal eine endgültige Abrechnung erst nach weiterer langwieriger Beweisaufnahme erfolgen könnte (vgl. JW. 1928, 2437).

(U. v. 10. Okt. 1934; V 63/34. — Naumburg.) [v. B.]

2. §§ 242, 260 BGB. **Auskunftspflicht. Das BGB. kennt keine allgemeine Verpflichtung auf Auskunftserteilung. Sie besteht regelmäßig nur in den vom Gesetz angeordneten Fällen. Ausnahmsweise kann sich diese Verpflichtung aus den Grundsätzen von Treu und Glauben ergeben, aber nur dann, wenn sich die Entschuldbarkeit des mangelnden Wissens des Berechtigten aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses ergibt.** †)

Das BG. begründet seine Ansicht, daß das Auskunftsverlangen der Kl. unbegründet sei, folgendermaßen:

Von den im Gesetz vorgesehenen besonderen Fällen einer Auskunftspflicht treffe hier keiner zu. Eine allgemeine Verpflichtung zur Auskunftserteilung sei aus dem BGB. nicht herzuleiten. Die Rspr. habe allerdings aus § 242 BGB. eine Pflicht zur Auskunftserteilung bei solchen Rechtsverhältnissen entnommen, deren Wesen es mit sich bringe, daß der Berechtigte entschuldbarerweise über Bestehen und Umfang seines Rechtes im ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage sei, unschwer eine solche Auskunft zu erteilen. Allein ein solcher Fall liege hier nicht vor. Die Parteien hätten in Gütertrennung gelebt, die Kl. habe ihr Vermögen selbst verwaltet oder verwalten lassen. Es sei ihre Sache, die Schenkungen, die sie vom Bekl. wegen groben Undanks zurückverlange, im einzelnen anzugeben. Wenn sie dazu nicht in der Lage sei, so habe sie sich die sich hieraus ergebenden Nachteile selbst zuzuschreiben. Ihr Auskunftsverlangen laufe darauf hinaus, ihr die Pflicht zur Substantiierung der Klage abzunehmen und diese Pflicht dem Bekl. aufzubürden. Das stehe mit den Grundsätzen des Zivilprozeßrechts in Widerspruch und könne auch nicht aus § 242 BGB. hergeleitet werden. Zunächst böten die Bestimmungen des Ehevertrags keine Grundlage hierfür, da dieser Vertrag in keiner Weise erkennen lasse, daß der Kl. bei einer etwaigen Rückforderung von unentgeltlichen Leistungen ein Anspruch auf Auskunftserteilung zugebilligt werden sollte. Das eheliche Verhältnis als solches könne die Auskunftspflicht ebenfalls nicht begründen, weil die Kl. in Gütertrennung gelebt und ihr Vermögen selbst verwaltet habe. Auf die Vorschriften über den Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag könne sich die Kl. auch nicht berufen. Habe sie dem Bekl. Geldbeträge für Arbeiten am Schloß und für Steuerzahlungen zugewandt, so handele es sich um Hingabe für bestimmte Zwecke. Es sei ihr gutes Recht, diese Geschenke zurückzufordern, sie könne aber nach den angegebenen Vorschriften keine Auskunft darüber verlangen, *welche* Zuwendungen sie dem Bekl. gemacht habe. Dasselbe gelte vom Gesichtspunkt der gemeinschaftlichen Angelegenheiten, wie ihn die Kl. geltend gemacht habe. Der Bekl. sei nicht verpflichtet, ihr durch die verlangte Auskunftserteilung die Substantiierung ihrer Ansprüche zu ermöglichen.

Diesen Ausführungen ist im wesentlichen beizutreten.

Die Rev. geht offensichtlich davon aus, daß der Auskunftsanspruch der Kl. schon dann gerechtfertigt sei, wenn es aus irgendwelchen tatsächlichen Gründen entschuldbar erscheine, daß die Kl. die dem Bekl. angeblich zur Verfügung gestellten Geldbeträge nicht im einzelnen unter Darlegung der den Schenkungszweck ergebenden Umstände angeben kann. Diese Auffassung findet im Gesetz keine Stütze. Soweit sich eine Auskunftspflicht nicht aus einer besonderen Gesetzesbestimmung ergibt, läßt sie sich nach der Rspr. des RG. aus den Grundsätzen von Treu und Glauben nur bei solchen Rechtsverhältnissen herleiten, deren Wesen es mit sich bringt, daß der Berechtigte entschuldbarerweise über Bestehen und Umfang seines Rechts im ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, unschwer die Auskunft zu erteilen (RGRKomm., 8. Aufl., Anm. 1 zu § 260 BGB.). Mit anderen Worten: Die *Entschuldbarkeit* des mangelnden Wissens des Berechtigten muß sich *aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses* ergeben, das so beschaffen sein muß, daß der Berechtigte von

---

Zu 2. Das vorstehende Urteil bestätigt und erläutert das in der Frage: Pflicht zur Auskunft nicht nur in den Fällen, die das Gesetz ausdrücklich vorsieht? grundlegende Urteil RG. 108, 1 f. = JW. 1924, 93.

In dem Falle des neuen Urteils hatte die Kl., die in Gütertrennung gelebt und ihr Vermögen selbst verwaltet hatte, dem Bekl. zu Anschaffungen, Umbauten und Verbesserungen von Schloß, Park und Gut und zur Bezahlung von Steuern Geldgeschenke gemacht und diese nach Scheidung aus Schuld des Bekl. widerrufen. Ihre Klage auf Auskunft über diese Zuwendungen „und zugleich Mitteilung darüber, welche Arbeiten und Steuern nicht vom Bekl., sondern von der Kl. bezahlt sind", ist abgewiesen worden.

RG. 108, 7 = JW. 1924, 93 faßt den Grundsatz über die Pflicht zur Auskunft über die im Gesetz bestimmten Einzelfälle hinaus so:

> In Fällen, in denen ein Recht auf Auskunft gegenüber dem Verpflichteten die Rechtsverfolgung in hohem Maße erleichtert, oft erst überhaupt möglich macht, ist — auch abgesehen von der Geschäftsführung ohne Auftrag — nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Berechtigten ein Anspruch auf Auskunft bei Rechtsverhältnissen zu gewähren, deren Wesen es mit sich bringt, daß der Berechtigte entschuldbarerweise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, unschwer solche Auskunft zu erteilen.

Zur Erläuterung dieses nun nochmals bestätigten Grundsatzes hebt das RG. hervor: „Die Entschuldbarkeit des mangelnden Wissens des Berechtigten muß sich aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses ergeben, das so beschaffen sein muß, daß der Berechtigte von vornherein auf die Auskunft des Verpflichteten angewiesen ist, um Ansprüche überhaupt begründen oder ihren Umfang bestätigen zu können."

Die Auskunftspflicht kann also nach der früheren und der neuen ergänzten Fassung unverkennbar sehr weit führen. „Um Ansprüche überhaupt begründen zu können", kann je nach dem Wesen des Rechtsverhältnisses der vermeintliche Schuldner auf Auskunft verklagt werden!

Der Grundsatz des RG. hat bekanntlich, einem praktischen Bedürfnisse gemäß, auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes eine nach Inhalt und Umfang weittragende Auskunftspflicht begründet. S. z. B.: JW. 1927, 1575, ferner für dieses Gebiet und darüber hinaus (Schadensersatzansprüche des Geschäftsherrn gegen seinen Agenten) JW. 1928, 2092.

> Daß das Wesen des Rechtsverhältnisses zwischen beiden es mit sich bringt, daß der Geschäftsherr entschuldbarerweise über Inhalt und Umfang seiner Rechte im Ungewissen ist, in der Regel sogar darüber nichts wissen kann, während der Agent jederzeit in der Lage ist, die erforderliche Auskunft zu erteilen, bedarf keiner weiteren Begründung. Dem den gesamten Rechtsverkehr beherrschenden Grundsatze von Treu und Glauben würde es aber widersprechen, wenn der Agent, der sich schadensersatzpflichtig gemacht hat, gleich-

vornherein auf die Auskunft des Verpflichteten angewiesen ist, um Ansprüche überhaupt begründen oder ihren Umfang bestimmen zu können. Um ein solches Rechtsverhältnis handelt es sich hier nicht. Das BG. sieht mit Recht für entscheidend an, daß die Kl. die Verwaltung und Nutznießung des Bekl. durch Ehevertrag ausgeschlossen und ihr Vermögen in eigener Verwaltung hatte, so daß sie vollkommen in der Lage war, die angeblich schenkungsweise hingegebenen Geldbeträge entweder selbst aufzuzeichnen oder durch ihre mit der Vermögensverwaltung Beauftragten buchen zu lassen. Bei einer solchen Regelung des Güterstandes kann das damalige eheliche Verhältnis der Parteien die Beurteilung nicht beeinflussen. Hat die Ehefrau ihr Vermögen in eigener Verwaltung, so stehen sich die Ehegatten in vermögensrechtlicher Beziehung vollkommen selbständig gegenüber. Im Hinblick auf das Wesen des Rechtsverhältnisses, wie es damals zwischen den Parteien bestand, erscheint hiernach die Ungewißheit der Kl. über die von ihr dem Bekl. angeblich gemachten Schenkungen nicht entschuldbar, da es auf ihr eigenes Verhalten zurückzuführen ist, wenn ihr keine Aufzeichnungen zur Verfügung stehen. Auf die Frage, ob es vom allgemeinen menschlichen Standpunkt aus verständlich erscheint, daß sie an die Möglichkeit eines Widerrufs der Schenkungen wegen Undanks nicht gedacht und Aufzeichnungen über die hingegebenen Beträge unterlassen hat, kommt es für die Frage der Auskunftspflicht nicht an.

Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn die Kl. trotz vereinbarter Gütertrennung dem Bekl. die Verwaltung ihres Vermögens aus dem Gefühl der ehelichen Verbundenheit heraus tatsächlich überlassen hätte. Dann ließe sich eine Auskunftspflicht des Bekl., abgesehen von den Gesichtspunkten des Auftrags oder der Führung gemeinschaftlicher Geschäfte, wohl auch aus dem sittlichen Wesen der Ehe herleiten. Eine solche tatsächliche Überlassung der Vermögensverwaltung an den Bekl. hat aber die Kl. nicht behauptet. Auch sonst reichen ihre Anführungen nicht zur Darlegung eines Auftragsverhältnisses oder der Besorgung gemeinschaftlicher Angelegenheiten aus. Sie gehen im wesentlichen dahin, daß sie dem Bekl. aus dem Anlaß baulicher Änderungen gewisse Geldbeträge überwiesen oder sonst zugewendet habe. Zur Substantiierung eines Anspruchs auf Auskunftserteilung aus § 666 i. Verb. m. §§ 242, 157 BGB. gehört aber die Angabe, daß der Geldbetrag mit dem Auftrage hingegeben ist, ihn zu einem bestimmten Zwecke im Interesse des Auftraggebers oder beider Teile zu verwenden. Solche Angaben sind hinsichtlich jeder Zuwendung von Geldbeträgen zu machen. Dem BG. ist darin beizutreten, daß die Auskunft nicht verlangt werden kann, um erst auf Grund dieser Auskunft substantiierte Behauptungen über ein Rechtsverhältnis der angegebenen Art aufstellen zu können. In ähnlicher Weise ist in dem Urt. des RG.: LZ. 1929 Sp. 928 ausgesprochen, daß bei Schadensersatzansprüchen eine Auskunftspflicht unter den angegebenen Voraussetzungen wohl besteht, wenn ungewiß ist, ob ein Schaden entstanden ist, daß sie aber zu verneinen ist, wenn durch die Auskunft die Feststellung einer tatsächlichen Voraussetzung der Schadenshaftung erst ermöglicht werden soll.

Soweit die Rev. auszuführen sucht, daß ganz allgemein zufolge Widerrufs einer Schenkung die Ersatzpflicht des Beschenkten aus dem Vertrage entstehe und unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben eine Auskunftspflicht umfasse, kann ihr nicht gefolgt werden. Das Gesetz schreibt in § 531 BGB. (vgl. § 1584) lediglich vor, daß die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangt werden kann. Eine Verpflichtung des Bereicherten zur Auskunftserteilung ist aber grundsätzlich nicht anzuerkennen. Nur in besonderen Fällen, nämlich wenn die Herausgabe eines Inbegriffs i. S. des § 260 BGB. gefordert wird, kann (insbes. auf dem Gebiete des Immaterialgüterrechts) eine Auskunftspflicht des Bereicherten in Frage kommen (RG.: JW. 1912, 72[9]; RG. 90, 137). Um einen derartigen Fall handelt es sich hier nicht. Die Kl. verlangt, was den hier in Betracht kommenden Anspruch anlangt, lediglich Rückgabe geschenkter Geldbeträge.

(U. v. 1. Nov. 1934; IV 129/34. — Berlin.) [K.]

3. §§ 254, 839, 1234 BGB.; §§ 416 ff. HGB.; § 22 GVO.; § 75 GeschAnwfGVollz.

I. 1. **Lagert ein GVollz. in Ausführung des § 22 GVO. gepfändete Gegenstände ein, so kommt dadurch nicht ein privatrechtlicher Lagervertrag zwischen dem Lagerhalter und dem Justizfiskus zustande.**

2. **Die Einlagerung begründet aber auch kein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zu dem Lagerhalter, auf Grund dessen der Justizfiskus zur Entrichtung des Lagergeldes verpflichtet wäre. Vielmehr liegt ein zwischen GVollz. und Lagerhalter geschlossener, nach bürgerlichem Recht zu beurteilender Lagervertrag vor.**

II. 1. **Die allgemeine Dienstaufsicht des Amtsrichters über die GVollz. berechtigt den Richter nicht, in einen Streit der GVollz. mit dem Lagerhalter über die Höhe des vertraglich geschuldeten Lagergeldes einzugreifen und dem GVollz. bestimmte Weisungen zu erteilen. In diesem Fall verletzt der Richter die ihm einem jedem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, die Grenzen seiner Zuständigkeit einzuhalten.**

2. **Der Amtsrichter ist in Ausübung der Dienstaufsicht über die GVollz. allen am Verfahren beteiligten Personen gegenüber verpflichtet, die Bestimmungen der GeschAnwfGVollz. richtig anzuwenden.**

3. **Unterschiede und Folgerungen bei Vorliegen mangelnder Kausalität und bei mitwirkendem Verschulden.**

Die GVollz. des AGBez. D. hatten jahrelang die in amt-

wohl sich der Auskunft über Geschäfte entziehen dürfte, die er unter Mißachtung des bei Vertragsschluß in ihn gesetzten Vertrauens abgeschlossen hat, und die zu erkunden und zum Gegenstande eines substantiierten Schadensersatzanspruches zu machen, dem Geschäftsherrn in der Regel jede Möglichkeit fehlt (§ 242 BGB.). JW. 1928, 2092.

Der Grundsatz, wer einen Anspruch zu haben behauptet, hat ihn im einzelnen darzutun und zu beweisen, gilt neben dem Grundsatz über die Auskunftspflicht. Das wird auch in dem vorstehenden Urteile hervorgehoben. „Die Auskunft kann nicht verlangt werden, um erst auf Grund dieser Auskunft substantiierte Behauptungen über ein Rechtsverhältnis der angegebenen Art aufstellen zu können." Bei Schadensersatzansprüchen (aus Vertrag oder unerlaubter Handlung) besteht eine Auskunftspflicht unter den angegebenen Voraussetzungen, wenn ungewiß ist, ob ein Schaden entstanden ist. Sie ist aber zu verneinen, wenn durch die Auskunft die Feststellung einer tatsächlichen Voraussetzung der Schadenshaftung erst möglich wird.

RG. in dem vorstehenden Urteile in Verbindung mit LZ. 1929, 928.

Immerhin kann es praktisch im Einzelfalle recht zweifelhaft werden, ob der Pflicht des Kl. zur Substantiierung oder der Pflicht des Bekl. zur Auskunft der Vorrang gebühre.

Stets bleibt — dafür ist das neue Urteil lehrreich, nicht nur in seinen Erwägungen, sondern auch in seinem Ergebnisse — zur Vermeidung der Gefahr, unberechtigte Neugierde zu befriedigen scharf im Auge zu halten, daß der auch im vorstehenden Urteile bestätigte Grundsatz von RG. 108 der Auskunftspflicht, wenn auch dehnbare, Schranken setzt. „Eine allgemeine Auskunftspflicht (ist) vom Gesetz nirgends anerkannt." Warn. 1912, 15[14]. Insbes. begründen Ansprüche aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung noch keine Auskunftspflicht. „Eine Verpflichtung des Bereicherten zur Auskunftserteilung, so heißt es in dem obigen Urteile; ist grundsätzlich nicht anzuerkennen. Nur in besonderen Fällen, nämlich wenn die Herausgabe eines Inbegriffes i. S. des § 260 BGB. gefordert wird, kann eine Auskunftspflicht des Bereicherten in Frage kommen." Wenn die Pflicht zur Auskunftserteilung aus § 260 unter der Regel von Treu und Glaube steht, so sind in Hinsicht auf das Ob und Wie der Auskunftspflicht, wie insonderheit gerade auch das Ergebnis des vorstehenden Urteils zeigt, nicht nur die berechtigten Belange des Gläubigers, sondern auch die des Schuldners zu berücksichtigen. „Die Bekl. braucht ... dem Klageverlangen nicht nachzukommen, wenn dies Treu und Glauben widersprechen würde, mag es auch unter anderen Umständen als gerechtfertigt erscheinen." RG. 127, 245 = JW. 1930, 1673.

RA. Dr. **Plum**, Köln.

lichen Gewahrsam genommenen Pfandsachen bei dem Kl. eingelagert. Im Jahre 1929 wurden dienstliche Verfehlungen mehrerer GVollz. aufgedeckt, und der Kl. geriet in den Verdacht strafbarer Beteiligung. Auf Anweisung des aufsichtführenden Amtsrichters kündigten die GVollz. den mit dem Kl. geschlossenen Lagervertrag zum 30. Juni 1930. Nach dem Ablauf der Vertragszeit forderte der Kl. die GVollz. vergeblich auf, die Pfandstücke gegen Erstattung der Lagerkosten zurückzunehmen. Der Kl. beauftragte darauf einen GVollz. mit der öffentlichen Versteigerung der Pfandsachen, um auf diese Weise sein Lager zu räumen und aus dem Erlös das Lagergeld zu decken. Sein Vorhaben hatte jedoch zunächst keinen Erfolg, weil der aufsichtführende Amtsrichter den GVollz. seines Amtsbereiches allgemein die Mitwirkung an der vom Kl. beabsichtigten Versteigerung untersagte. Die vom Kl. bis zum Justizminister geführten Beschwerden brachten erst im September 1931 die Aufhebung des von dem aufsichtführenden Amtsrichter erlassenen Verbotes. Die Versteigerung wurde darauf durchgeführt und ergab einen Erlös von 6904,55 *RM*, den der Kl. zur anteiligen Tilgung seiner Forderung auf Lagergeld verwendete.

Der Kl. behauptet, aus der Einlagerung von Pfandsachen sei ihm in der Zeit bis zum 30. Juni 1930 der Anspruch auf ein nach dem ortsüblichen Satz berechnetes Lagergeld in Höhe von 22 612,86 *RM* und in der späteren Zeit bis zur Räumung des Lagers ein gleicher Anspruch in Höhe von 15 041,40 *RM* erwachsen. Nach Abzug des Versteigerungserlöses betrage seine Forderung mithin noch 30 749,71 *RM*. Als Schuldner nimmt der Kl. den beklagten preuß. Justizfiskus in Anspruch.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

I. Die Rechtsauffassung des Kl., daß ihm auf Grund der nach seiner Darstellung hier geschlossenen Verträge nicht der die Pfandsache einlagernde GVollz., sondern der verklagte Justizfiskus das (bedungene oder ortsübliche) Lagergeld schulde, ist in den Vorinstanzen mit Recht nicht gebilligt worden. Der Sachvortrag des Kl. läßt nicht klar erkennen, ob er in den über die Einlagerung geschlossenen, von den Parteien nicht weiter zum Vortrag gebrachten Verträgen privatliche Geschäfte zwischen ihm und dem beim Abschluß durch den betreffenden GVollz. vertretenen Fiskus oder aber dem öffentlichen Recht unterstehende Rechtsverhältnisse erblickt. Beide Meinungen wären abzulehnen.

1. Zu einem Lagervertrage zwischen den Prozeßparteien fehlt es sowohl an der den Bekl. (ausdrücklich oder stillschweigend) als Vertragsgegner bezeichnenden Erklärung des GVollz. als auch an seiner zur Abgabe solcher Erklärung erforderlichen Vertretungsmacht. Der Kl. sagt selbst, daß die GVollz. die Pfandsachen bei ihm zwar (wie er annimmt) für Rechnung des Fiskus, aber im eigenen Namen eingelagert hätten. Damit entfiele ohne weiteres eine unmittelbare Wirkung der Lagerverträge für und gegen den Bekl. Aber auch wenn der Vortrag des Kl. dahin zu verstehen sein sollte, daß die GVollz. zwar nicht ausdrücklich, aber doch nach den Umständen erkennbar im Namen des Bekl. gehandelt hätten, bliebe das Ergebnis das gleiche. Denn eben die Anführung von Umständen, die ein Handeln im Namen des Bekl. ergeben könnten, läßt der Klagevortrag vermissen. In D. waren zu der in Frage kommenden Zeit staatliche Pfandkammern nicht eingerichtet und ebensowenig auf Grund von Verträgen zwischen der Justizverwaltung und privaten Unternehmern Pfandkammern bereitgestellt worden. Für die GVollz. des AGBez. D. galt daher § 22 GVO., wonach der GVollz., soweit es nach der Lage der Verhältnisse erforderlich ist, zur Unterbringung gepfändeter Sachen eine Pfandkammer auf eigene Kosten zu halten hat. Für die Aufbewahrung von Pfandstücken in einer von ihm selbst vorgehaltenen Pfandkammer kann der GVollz. einen angemessenen Betrag als bare Auslagen ansetzen (§ 75 Nr. 4 GeschAnw.). Die Kosten der Verwahrung von Gegenständen, die er in Ermangelung einer solchen Pfandkammer nach § 75 Nr. 7 GeschAnw. einem besonders bestellten Verwahrer zu übergeben hat, werden ihm als bare Auslagen vergütet (§ 16 Nr. 7 GVollzGebO.). Schuldner der Auslagen des GVollz. ist der Auftraggeber; der GVollz. kann die Übernahme eines Geschäfts regelrecht von der Zahlung eines zur Deckung der baren Auslagen hinreichenden Vorschusses abhängig machen (§§ 21, 22 GVollzGebO.). Diese auf Grund des § 154 GVG. von der preuß. Landesjustizverwaltung erlassenen Vorschriften sprechen gegen ein Handeln der GVollz. in D. im Namen des Justizfiskus. Mit der getroffenen Regelung wäre ferner die Annahme, daß die GVollz. bei Abschluß der Lagerverträge zu privatrechtlicher Vertretung des Fiskus ermächtigt gewesen seien, nicht zu vereinigen. In einer Rundverfügung des preuß. Justizministers v. 4. Febr. 1932 (abgedr. bei Sattelmacher-Lenz, Nachtrag I S. 52) wird denn auch auf die Klarstellung Wert gelegt, daß der Abschluß derartiger Verträge „eine persönliche Angelegenheit der beteiligten GVollz. bleibe“.

2. Die Einlagerung begründete aber auch kein nach öffentlichem Recht zu beurteilendes und hiernach den Bekl. zur Entrichtung des Lagergeldes verpflichtendes Rechtsverhältnis unter den Prozeßparteien; sie blieb vielmehr im Rahmen eines zwischen dem GVollz. und dem Lagerhalter geschlossenen, nach bürgerlichem Recht zu beurteilenden Lagervertrages (§§ 416 ff. HGB.). Richtig ist zwar, daß der GVollz. kraft obrigkeitlicher Gewalt durch die Pfändung amtlichen Besitz an der gepfändeten Sache begründet, daß er zur Einlagerung der (nach den Umständen im Gewahrsam des Schuldners nicht zu belassenden und anders nicht unterzubringenden) Pfandsache bei einem besonders bestellten Verwahrer vermöge seines Amtes schreitet, und daß auch nach der Einlagerung die Sache in seinem amtlichen (mittelbaren) Besitze bleibt. Daraus folgt aber nicht, daß nun auch die durch die Einlagerung begründeten Rechtsbeziehungen zu dem Lagerhalter (oder sonstigen Verwahrer) unter öffentlichem Recht stehen müßten. Insbes. wäre ein solches Ergebnis nicht aus dem von dem Kl. herangezogenen, in der Rechtsprechung entwickelten Rechtssatz herzuleiten, daß Erfüllung einer Amtspflicht nicht Gegenstand vertraglicher Bindung sein könne. Durch den Abschluß des Lagervertrages verpflichtet der GVollz. sich nicht erst zur Verwahrung der Pfandsachen, sondern handelt in Erfüllung seiner Obhutspflicht. Dieser Vertrag ist ebenso ein rein privatrechtliches Rechtsgeschäft wie die Miete eines Geschäftsraumes, die Anstellung eines Schreibgehilfen (§ 21 Nr. 1 GVO.) und der zwecks Ausführung einer Dienstreise mit einem Fuhrwerksbesitzer geschlossene Beförderungsvertrag. Daß der Kl. für seine gegenteilige Meinung aus verschiedenen von ihm angezogenen reichsgerichtlichen Entsch., die sich namentlich — wie z. B. RG. 115, 419[1]) — mit den bei behördlicher Verwahrung von Privateigentum entstandenen Rechtsbeziehungen befassen, etwas Gegenteiliges herauslesen zu können glaubt, beruht auf einer Verwechselung zwischen Hinterleger und Verwahrer. In dem dort entschiedenen Falle waren in Verfolgung staatlicher Belange Sachen einer Privatperson in behördliche Verwahrung genommen worden; hier haben die GVollz. in Erfüllung einer amtlichen Verpflichtung derartige Sachen bei einer Privatperson (dem Kl.) hinterlegt. Die beiden Fälle vertragen deshalb keinen Vergleich. Auch die sonst noch von dem Kl. angeführten Gegengründe schlagen nicht durch. In der GVollzVO. (§§ 28 Nr. 1 u. 3, 29 Nr. 2) ist Vorsorge getroffen, daß dem GVollz. aus der Eingehung einer persönlichen Verpflichtung zur Befriedigung eines amtlichen Bedürfnisses kein Nachteil erwächst; hierher gehören auch die bereits angezogenen Bestimmungen der Geschäftsanweisung und der Gebührenordnung über den Ersatz von Auslagen und die Erhebung von Vorschüssen. Bei dem Hinweis darauf, daß im Falle eines erfolgreichen Widerspruchs gegen die Zwangsvollstreckung (§ 771 ZPO.) der Lagerhalter der Sicherung durch ein Pfandrecht an dem Gut (§ 421 HGB.) entraten müsse, hat der Kl. die Tragweite der Vorschrift im § 366 Abs. 3 HGB. nicht beachtet. Endlich ergeben sich selbst in den Fällen der Versetzung, des Ablebens oder der Entlassung eines GVollz. bei der privatrechtlichen Betrachtungsweise nicht die vom Kl. angenommenen, vermeintlich unlösbaren Schwierigkeiten mehr konstruktiver Art. Hier wird sich mit Auslegung des Vertrages helfen, d. h. der Eintritt des Amtsnachfolgers in das Vertragsverhältnis begründen und

[1]) JW. 1927, 1369.

reibungslos durchführen lassen. Daß derartigen theoretischen Bedenken jemals ernsthafte praktische Schwierigkeiten entsprochen hätten, ist nicht ersichtlich. Aber selbst wenn es anders wäre, würde das allenfalls zu einer Änderung der geltenden Vorschriften, nicht aber zu ihrer Auslegung i. S. des Kl. führen können.

Hiernach bewendet es bei der Feststellung, daß nicht der Bekl., sondern jeweils der einlagernde GVollz. dem Kl. vertraglich für das Lagergeld haftet. Für den ähnlich liegenden Fall des § 885 Abs. 3 ZPO. ist in RG. 102, 77 auch schon ausgesprochen worden, daß der GVollz. einen (nach bürgerlichem Recht zu beurteilenden) Verwahrungsvertrag im eigenen Namen abschließt. Auf Vertragshaftung des Bekl. kann deshalb die Klage nicht gestützt werden.

II. Das BG. hat auch den zweiten Klaggrund mit der Begründung verworfen, daß die Anordnungen des aufsichtführenden Richters im Ergebnis berechtigt, übrigens für den Schaden des Kl. nicht ursächlich gewesen seien. Diese Begründung ist von Rechtsirrtum nicht frei.

1. Klaggrund ist hier die Behauptung des Kl., daß der aufsichtführende Amtsrichter durch das an die GVollz. seines Bezirks gerichtete Verbot der Räumung der Pfandkammer wie der Annahme eines Auftrages zur Pfandversteigerung (§§ 1228 ff. BGB.) eine ihm auch dem Kl. gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt und dadurch dem Kl. einen Schaden zugefügt habe, für den er auf andere Weise Ersatz nicht erlangen könne. Der von dem Kl. in diesem Zusammenhang weiter erwähnte Dienstbefehl zur Kündigung des Pfandkammervertrages kann als eine im Rahmen pflichtmäßigen Ermessens sich haltende Weisung zu gehöriger Ausübung eines von dem Kl. vertraglich zugestandenen Rechtes der Klage nicht zur Stütze dienen.

Der aufsichtführende Richter hat seine Maßnahmen mit der Begründung getroffen, daß ohne nachträgliche Vereinbarung über die Höhe des Lagergeldes die Forderung des Kl. nicht fällig und deshalb eine Pfandversteigerung nicht zulässig sei. Diese Rechtsauffassung war irrig. War bei Vertragsschluß eine Vereinbarung nicht getroffen worden, so konnte der Kl. zwar nicht ein von ihm nach billigem Ermessen bestimmtes (§§ 315 f. BGB.), wohl aber das ortsübliche Lagergeld (§ 420 HGB.) fordern. Das BG. hält das Vorgehen des Richters für berechtigt, weil der Kl. die von Erstattung des Lagergeldes abhängig gemachte Räumung nicht ohne genaue Bezifferung seiner Forderung und die Vornahme eines Pfandverkaufs nicht ohne vorgängige, mit gleicher Bezifferung zu verbindende Androhung habe verlangen können; hieran gerade aber habe er es fehlen lassen. Nach § 1243 BGB. ist aber vorgängige Androhung des Pfandverkaufes nicht Bedingung seiner Rechtmäßigkeit. Nach § 124 Nr. 2 u. 3 GeschAnw. ist die Vornahme der Androhung Sache des Pfandgläubigers. Ihm hat der GVollz. die Verantwortung gegenüber dem Eigentümer dafür zu überlassen, daß das Pfand unter den gesetzlichen Voraussetzungen und in den gesetzlichen Formen veräußert wird. Der GVollz. soll den Auftraggeber auf die Folgen aufmerksam machen, die sich aus § 1243 Abs. 1 u. 2 BGB. für den Fall ergeben, daß der Auftraggeber eine der für den Pfandverkauf geltenden Vorschriften verletzt. Die Versäumung vorgängiger Androhung würde hiernach bei hinzutretendem Verschulden des Auftraggebers (Pfandgläubigers) nur seine Verpflichtung zum Schadensersatz begründen, nicht aber die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs in Frage stellen können. Von einem offenbar unzulässigen Pfandverkauf — nur einen solchen hat der GVollz. nach § 124 Nr. 3 GeschAnw. abzulehnen — kann deshalb nicht wohl die Rede sein. Es bedarf zur Rechtfertigung dieses Ergebnisses nicht erst der Untersuchung, ob der Kl. die Androhung hier, wie § 1234 BGB. vorschreibt, an die — ihm möglicherweise gar nicht bekannten — Eigentümer der Pfandsachen oder an die einlagernden GVollz. zu richten gehabt hätte, und ob nicht im ersteren Falle die Androhung eben wegen dieser vielleicht nur schwer zu behebenden Unkenntnis und im anderen Falle wenigstens die genaue Bezifferung der Lagergeldforderung wegen der Beschlagnahme der Lagerbücher des Kl. als untunlich hätte unterbleiben dürfen (§ 1234 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 BGB.).

Die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufes hätte bei dem vorgetragenen Sachverhalt nur dann gefährdet sein können, wenn nach ungenauer Bezifferung der pfandgesicherten Forderung der Verkauf von mehr Pfändern, als zur Befriedigung des Kl. erforderlich, zu besorgen gewesen wäre (§ 1230 S. 2 i. Verb. m. § 1243 Abs. 1 BGB.). Bei der Höhe der — durch das spätere Versteigerungsergebnis bei weitem nicht gedeckten — Forderung des Kl. lag aber ein übermäßiger Pfandverkauf nicht im Bereich der Wahrscheinlichkeit, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt von einem offenbar unzulässigen Verkauf nicht hätte gesprochen werden können, vielmehr die Verantwortung auch insoweit dem Kl. zu überlassen gewesen wäre.

Die Anordnung des aufsichtführenden Amtsrichters war hiernach sachlich verfehlt und stand mit seiner Amtspflicht zu richtiger Anwendung der maßgebenden Vorschriften nicht im Einklang. Der Kl. ist durch die Maßnahmen des Richters in der Verfolgung seiner Rechte beeinträchtigt worden und will dadurch Schaden erlitten haben. Die Verpflichtung des Bekl. zum Schadensersatz hängt davon ab, ob der Richter durch sein Vorgehen eine ihm dem Kl. gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat.

Dies ist ohne weiteres der Fall, wenn der aufsichtführende Amtsrichter sich bei den erörterten Anordnungen nicht innerhalb der Grenzen des ihm zugewiesenen Amtsbereiches gehalten hat. Nach ständiger Rechtsprechung des RG. ist der Beamte jedem Dritten gegenüber verpflichtet, die Grenzen seiner Zuständigkeit einzuhalten. Eine schuldhafte Amtsüberschreitung begründet eine Schadensersatzpflicht gegenüber jedem, der durch sie geschädigt worden ist (RG. 140, 423 [2])). Der Streit um die Räumung war praktisch ein Streit um die Höhe des von den GVollz. dem Kl. geschuldeten Lagergeldes und damit ihre persönliche, auf privatem Rechtsgebiet liegende Angelegenheit. Andererseits waren die Entsch. über die Annahme eines Auftrages zum Pfandverkauf und dessen Durchführung dienstliche Angelegenheiten der beteiligten GVollz. Der GVollz. ist selbständiges Organ der Rechtspflege. Die ihm zugewiesenen Aufgaben der Staatsgewalt, zu denen auch die Durchführung von Pfandverkäufen und freiwilligen Versteigerungen gehört (RG. 144, 262 [3])), hat er unter eigener Verantwortung auszuführen. Er untersteht zwar der Aufsicht, aber nicht der Leitung durch den Dienstvorgesetzten, der mithin nicht befugt ist, dem GVollz. im Dienstaufsichtswege bestimmte Weisungen sachlicher Art für die Ausführung eines Dienstgeschäftes zu erteilen (Sattelmacher-Lenz S. 5).

Dem daraus herzuleitenden Schlusse, daß der aufsichtführende Amtsrichter kraft seines Amtes nicht befugt war, in einen Streit zwischen dem Kl. und den GVollz. über die Höhe des Lagergeldes einzugreifen und den letzteren die Annahme eines Auftrags des Kl. zur Vornahme von Pfandverkäufen bis zu einer den Wünschen der Dienstaufsicht entsprechenden Beilegung jenes Streites zu untersagen, ließe sich auch nicht entgegenhalten, daß bei dem Streit zwischen dem Kl. und den GVollz. noch andere Interessen auf dem Spiele standen. Das Pfandrecht des Kl. lastete auf Sachen, die mutmaßlich den Vollstreckungsschuldnern gehörten und für die Gläubiger dieser Schuldner mit dem Ziele gepfändet worden waren, die zur Vollstreckung stehenden Forderungen aus dem Verkaufswert der Sachen zu decken. Je länger infolge des Streites die Einlagerung dauerte und je höher der Kl. seine Lagergeldforderung stellte, desto geringer wurde die Aussicht, daß das gedachte Ziel der Vollstreckungsmaßnahmen, in dessen Verfolg erst es zur Einlagerung gekommen war, schließlich und namentlich ohne Schädigung der Pfandeigentümer erreicht werden würde. Bei einem Mißerfolg mochten dem verklagten Fiskus Schadensersatzansprüche der betroffenen Pfandeigentümer und Vollstreckungsgläubiger drohen. Auch die Rückendeckung, die der verklagte Fiskus bei unverschuldeter Uneinbringlichkeit von baren Auslagen dem GVollz. nach § 28 Nr. 2 GVO. gewährt, ergibt, daß fiskalische Interessen durch die Angelegenheit berührt wurden.

---

[2]) JW. 1934, 25. [3]) JW. 1934, 1646.

Es mag richtig sein, daß die Wahrung solcher Interessen mittelbar Beteiligter dem amtlichen Aufgabenkreis des mit der allgemeinen Dienstaufsicht über die GVollz. betrauten aufsichtführenden Amtsrichters nicht fremd ist. Daraus folgt aber nicht, daß er um dieser Interessen willen amtlich befugt war, in einen Streit der GVollz. mit dem Kl. über die Höhe des ihm vertraglich geschuldeten Lagergeldes auf die behauptete Art einzugreifen und den GVollz. bestimmte Weisungen sachlicher Art über Annahme und Ausführung eines ihnen obliegenden Dienstgeschäftes zu erteilen. Deshalb muß der Bekl. auch unabhängig davon, daß die Maßnahmen des genannten Richters sachlich verfehlt und übrigens zur Erreichung des von ihm angestrebten Zieles nicht dienlich waren — Verschulden des Richters vorausgesetzt —, für schädigende Folgen dem Kl. einstehen, weil der Richter bei seinen Anordnungen die Grenzen seiner Zuständigkeit nicht eingehalten hat.

2. Doch selbst bei Verneinung einer Amtsüberschreitung würde das Ergebnis kein anderes sein. Allerdings hatte der aufsichtführende Amtsrichter seine Anordnungen getroffen, um das Interesse des Gemeinwesens an ordnungsmäßiger Amtsführung der GVollz. zu wahren, und um die vermögensrechtlichen Belange des verklagten Fiskus zu schützen; er hatte also in Ausübung der allgemeinen Dienstaufsicht gehandelt, zu deren Handhabung er im öffentlichen Interesse, nicht im Interesse einzelner Dritter und namentlich nicht im Interesse des Kl. verpflichtet war. Aber die Pflicht, in deren Befolgung er tätig geworden war, gebot ihm, wenn er von Bestimmungen der Geschäftsanweisung Gebrauch machte, sie richtig anzuwenden. Die Vorschriften der Geschäftsanweisung sind zu einem wesentlichen und gerade auch zu dem hier in Betracht kommenden Teile im Interesse der Rechtsuchenden erlassen. Sie begründen damit Amtspflichten, die dem GVollz. — und wenn der Dienstvorgesetzte kraft seines Aufsichtsrechts sie unmittelbar handhabt, auch diesem — den an einem Verfahren beteiligten oder von ihm betroffenen Personen gegenüber obliegen. Ihre unrichtige Anwendung ergibt folglich einen Anwendungsfall des § 839 BGB.

Die Auffassung des BG. deckt aber auch das Vorgehen des Richters nicht dergestalt, daß die vom BG. bisher — von seinem Standpunkt aus mit Recht — noch nicht geprüfte Schuldfrage vom RevG. ohne weiteres (RG. 106, 410[4]); RG.: JW. 1933, 1064) zugunsten des Bekl. zu beantworten und damit der Rev. des Kl. aus einem anderen als dem von dem BG. angeführten Grunde der Erfolg zu versagen wäre.

3. Das BG. hat einen weiteren selbständigen Grund zur Abweisung der Klage der Erwägung entnommen, das an die GVollz. gerichtete Verbot zur Annahme eines Auftrages zum Pfandverkauf habe den vom Kl. behaupteten Schaden deshalb nicht verursacht, weil er diesen Verkauf auch mit Hilfe eines Notars hätte durchführen können. Auch diese Erwägung hält der Nachprüfung nicht stand. Schon die rechtliche Einordnung der hier vom BG. für durchschlagend erachteten Verteidigung des Bekl. kann nicht gebilligt werden. Durch die Möglichkeit, einen Notar zuzuziehen, wurde der ursächliche Zusammenhang zwischen den Maßnahmen des aufsichtführenden Amtsrichters und dem Schaden des Kl. keineswegs ausgeschlossen. Nur darum kann es sich handeln, ob der Kl., indem er Zuziehung eines Notars versäumte, es schuldhaft unterließ, den ihm drohenden Schaden abzuwenden (§ 254 BGB.). Der Unterschied ist von erheblicher Bedeutung. Würde es, objektiv betrachtet, am ursächlichen Zusammenhang fehlen, müßte die Klage ohne weiteres in vollem Umfange abgewiesen werden. Dagegen steht die Versäumung einer Gelegenheit zur Abwendung oder Minderung des Schadens nur dann der Klage entgegen, wenn der Kl. solche Gelegenheit schuldhaft versäumt hat, und auch dann bedarf es erst noch der Abwägung, in welchem Maße einerseits die Amtspflichtverletzung und andererseits die Säumnis des durch sie Betroffenen zu dem schädigenden Erfolge beigetragen hat. Zu den Umständen des Falles, die hierbei zu berücksichtigen sind, gehört auch das Maß des beiderseits obwaltenden Verschuldens.

Aber auch im übrigen fehlt dem angef. BU. hier eine zureichende Begründung. Ob dem Kl. die Zuziehung eines Notars unter dem Gesichtspunkte des § 254 BGB. zuzumuten war, bedurfte ebenso der Prüfung wie die weitere Frage, ob der Kl. schuldhaft handelte, wenn er die in Briefen an die GVollz. selbst erwähnte Möglichkeit nicht nutzte, sich bei dem Pfandverkauf eines öffentlich angestellten Versteigerers (Auktionators) zu bedienen.

Die Sache bedarf hiernach einer neuen Verhandlung in der Berufungsinstanz.

(U. v. 10. Okt. 1934; V 194/34. — Düsseldorf.) [v. B.]
<= RG. 145, 204.>

4. §§ 276, 823, 831 BGB. **Wenn auch die polizeiliche Genehmigung einer Anlage ein Verschulden des Betriebsunternehmers nicht ohne weiteres ausschließt, so kann doch ein Verschulden eines nicht sachkundigen Erwerbers einer Anlage nicht angenommen werden, wenn er die Ordnungswidrigkeit eines Bestandteils nicht erkannt und beseitigt hat, zu dessen Prüfung eine besondere Sachkunde akademisch gebildeter Techniker erforderlich und staatlich besonders vorgesehen ist.**

Der Bekl. erwarb 1921 eine gebrauchte, 1918 erbaute Dampflokomobile. Ein vorgeschriebener, beim Bau vorhanden gewesener Prellteller war nicht mehr vorhanden. 1929 entstand durch Funkenflug aus der von einem Werkmeister durch eine Dorfstraße gefahrenen Lokomobile Feuer. BG. sprach der Schadensklage der Versicherungsgesellschaft zu. RG. hob auf und wies die Klage ab.

Aus alledem geht hervor: Es gibt nicht ein einziges System von Funkenfängern, sondern eine große Anzahl, die im Einverständnis mit allen beteiligten Kreisen, insbes. auch mit den Feuerversicherungsgesellschaften, festgesetzt ist. Es fehlt also eine allgemeine Norm, deren Nichtkenntnis etwa schon jedem Lokomobilbesitzer als Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt angerechnet werden könnte. Zur Prüfung der einzelnen Funkenfänger ist eine besondere Sachkunde erforderlich, der staatlicherseits dadurch Rechnung getragen ist, daß die Aufgabe als eine staatlich zu regelnde angesehen wird und akademisch gebildeten Technikern überwiesen ist. Tatsächlich steht nun im vorliegenden Fall folgendes fest: Der Bekl. hat die Lokomobile als Maschinenunkundiger im Jahre 1921 in dem Zustand erworben, in dem sie dann bis zu dem hier in Rede stehenden Vorfall im Jahre 1929 geblieben ist. Sie ist während der Besitzzeit des Bekl. häufig von dem Oberingenieur des zuständigen Dampfkesselüberwachungsvereins untersucht worden, zuletzt in kaltem Zustande 1927, im Betriebe 1928. Die Untersuchung hat in jedem Jahre stattgefunden, und zwar einmal innerlich und einmal äußerlich. Nach der Vorschrift des § 31 der erwähnten Kesselanweisung v. 16. Dez. 1909 hat die äußere Untersuchung beweglicher Dampfkessel in jedem Jahre, die innere Untersuchung alle 3 Jahre stattzufinden. Das BG. stellt fest, daß im vorliegenden Falle die innere Untersuchung alle 2 Jahre vorgenommen worden ist. Der Oberingenieur hat den Zustand des Funkenfängers niemals beanstandet. Außerdem aber ist eine Beanstandung auch im Anschluß an den Erwerb der Lokomobile durch den Bekl. nicht erfolgt, als sie aus einem Verwaltungsbezirk in den anderen geschafft und deshalb amtlich untersucht wurde. Es hieße die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erheblich überspannen, wollte man ganz allgemein dem Erwerber einer Lokomobile zur Pflicht machen, sofort nach dem Erwerb eine Anfrage an die Erbauerfirma dahin zu richten, ob der Funkenfänger in Ordnung sei, anders könnte die Rechtslage allerdings dann sein, wenn der Erwerber selbst auf diesem Gebiet sachverständig ist oder sich irgendein Verdacht der Ordnungswidrigkeit aus einem besonderen Vorgang ergibt; ein solcher Ausnahmefall kommt nach dem BU. hier nicht in Betracht. Noch weniger Anlaß liegt aber zu einer Nachfrage in der späteren Zeit vor, wie das BG. sie in zweiter Linie fordert. Denn hatte ein akademisch gebildeter Sachverständiger mit besonderer Erfahrung keine Bedenken

[4]) JW. 1923, 686.

gegen eine bestimmte Einrichtung der Lokomobile, so ist nicht ersichtlich, inwiefern sich ein solches Bedenken dem nicht sachkundigen Besitzer oder dem nur praktisch ausgebildeten Maschinenführer aufdrängen sollte, der im wesentlichen mit der mechanischen Handhabung der Maschine vertraut ist und regelmäßig nur die Gefahren kennen wird, die sich aus der Benutzung der Maschine ergeben, nicht aber diejenigen, die mit der Bauart der Maschine verbunden sind. Es ist auch nicht zu erkennen, an welchen Sachverständigen der Besitzer oder Maschinenführer sich wenden sollte, wenn er sich der Prüfung der Lokomobile durch einen staatlich beauftragten Sachverständigen gegenübersieht, dessen Sachkunde anzuzweifeln er keinen Anlaß hat. Etwas anderes wäre auch mit dem letzten Satz in § 7 Abs. 1 PolVOEntw., mit dem die erlassene PolVO. übereinstimmt, nicht vereinbar, wonach die Kesselwärter bei den Kesseluntersuchungen den zuständigen *Kesselprüfern* ihre Sachkunde nachzuweisen haben. Abgesehen von einem besonderen hier nicht festgestellten Anlaß, der sich aus einem zwar dem Kesselwärter, aber nicht dem Kesselprüfer bekannten tatsächlichen Vorgang ergeben könnte, können an die Sachkunde des Kesselwärters nicht Anforderungen gestellt werden, die über die Sachkunde des Kesselprüfers hinausgehen.

Wenn auch an dem Grundsatz festzuhalten ist, daß die polizeiliche Genehmigung einer Anlage oder die Unterlassung polizeilichen Einschreitens gegen ein bestimmtes Verhalten ein Verschulden des Betriebsunternehmers nicht ohne weiteres ausschließt, so handelt es sich doch im vorliegenden Fall um ein besonders geregeltes Wirtschaftsgebiet, auf welchem den Bekl. nach dem festgestellten Sachverhältnis ein Verschulden in der vom BG. angenommenen Richtung nicht trifft. Ein sonstiges Verschulden des Bekl. hat das BG. nicht feststellen können. Auch eine Haftung des Bekl. aus § 831 BGB. ist nicht gegeben. Soweit diese Gesetzesvorschrift die Entlastung des Bekl. nach der Richtung fordert, daß er bei Beschaffung der Gerätschaften die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, scheitert die Haftung daran, daß der Entlastungsbeweis, wie oben dargelegt, erbracht ist. Es ist bereits darauf hingewiesen, daß für diese Frage die maßgebende Erwägung die gleiche ist wie zu § 823 Abs. 1 und 2. Soweit es sich um Auswahl und Beaufsichtigung von Angestellten handelt, scheitert die Haftung des Bekl. schon daran, daß das BG. den Zustand des Funkenfängers und nicht ein Verhalten von Angestellten des Bekl. als Ursache des Schadens ansieht. Daneben aber hat das BG. — abgesehen von dem erörterten Umstand, der sich darauf bezieht, daß der Bekl. nicht für die Kenntnisnahme des Maschinenführers von der Ordnungswidrigkeit der Lokomobile Sorge getragen hat — offenbar eine Entlastung des Bekl. sowohl bei der Auswahl als bei der Beaufsichtigung des Maschinenführers in Übereinstimmung mit der eindeutigen Beweisaufnahme angenommen.

(U. v. 1. Nov. 1934; VI 384/34. — Kiel.) [H.]

**5. § 839 BGB.; §§ 3, 4, 23 VollstrMaßnVO. v. 26. Mai 1933. *Die gesetzliche Fiktion des § 3 VollstrMaßnVO., daß der Ersteher auch insoweit als befriedigt gilt, als sein Anspruch durch das abgegebene Meistgebot nicht gedeckt ist, aber bei einem Meistgebot von 7/10 des Grundstückswerts gedeckt sein würde, kann dem Ersteher von jedermann entgegengehalten werden. Sie ist auch bei der Berechnung des Schadens zu berücksichtigen, der dem Meistbietenden durch Versagung des Zuschlages infolge einer Amtspflichtverletzung entstanden ist.*†)

Das den Bekl. zum Schadensersatz verpflichtende Versehen des Versteigerungsrichters besteht darin, daß dieser es verabsäumt hat, im Terminsprotokoll zum Ausdruck zu bringen, daß neben dem Gesamtausgebot der versteigerten Grundstücke, auf das der Zuschlag erteilt wurde, auch ein Einzelausgebot stattgefunden hatte. Dieser Verstoß gegen die §§ 63, 78, 80 ZwVerstG. hat zur Aufhebung des Zuschlags an den Kl. geführt. Ohne den Verstoß wäre der Zuschlagsbeschluß rechtskräftig geworden. Mit Recht vergleicht daher das BG., um die Höhe des dem Kl. erwachsenen Schadens zu ermitteln, die wirtschaftliche Lage, die sich für ihn ergeben hätte, wenn der Zuschlag unanfechtbar gewesen wäre, mit der Lage, die sich jetzt infolge der Aufhebung des Beschlusses im Beschwerdeverfahren für ihn ergeben hat. Es stellt fest: Wäre der Zuschlag bestehen geblieben, so hätte der Kl. ein Grundstück erlangt, das nach dem Gutachten eines Sachverständigen 10 784 *RM* wert war; anderseits hätte er 5512,53 *RM* für den Erwerb aufwenden müssen; sein Gewinn hätte also 5271,47 *RM* betragen. Auf diesen ihm jetzt infolge der Aufhebung des Zuschlags entgangenen Gewinn müsse er sich bei seiner Schadensberechnung zwar die 1005,80 *RM*, die ihm später aus der fortgesetzten Versteigerung zugeflossen seien, anrechnen lassen; dagegen brauche er sich nicht abziehen zu lassen die 2846,54 *RM*, mit denen er bei seinen Hypotheken ausgefallen sei. Sein Schaden betrage also 5271,47 weniger 1005,80 = 4265,67 *RM*.

Zu 5. Der 3. Teil der NotVO. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699) „Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung" ist durch VO. v. 14. Juni 1932 (RGBl. I, 291), v. 27. Sept. 1932 (RGBl. I, 473) und durch Ges. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 298) geändert und dann in neuer Fassung als VO. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302) bekanntgemacht worden. Der § 3 ist unverändert geblieben, ebenso die Vorschrift, wonach der Zuschlag oder die Versagung des Zuschlags nicht mit der Begründung angefochten werden kann, daß der Wert unrichtig festgesetzt sei, sie findet sich jetzt in § 4 Abs. 7 Satz 2.

Zu §§ 3, 4 VO. v. 8. Dez. 1931 hatte das OLG. Breslau entschieden, dem klagenden Gläubiger gegenüber könne der Schuldner den Nachweis erbringen, daß der tatsächliche Grundstückswert ein höherer war, als das Versteigerungsgericht angenommen hat. Dieser Entsch. habe ich zugestimmt und u. a. ausgeführt, werde der Schuldner des Zwangsversteigerungsverfahrens in einen Rechtsstreit um die persönliche Forderung eines Hypothekengläubigers, der selbst das Grundstück durch Zuschlag erworben hat und im Verteilungstermin mit seiner Hypothek teilweise ausgefallen sei, verwickelt, so sei es auch ihm als Prozeßpartei unbenommen, darauf hinzuweisen, daß der vom Versteigerungsgericht auf Grund der VO. v. 8. Dez. 1931 festgesetzte Wert hinter 7/10 des wahren Grundstückwertes zurückgeblieben ist.

Vorliegend handelt es sich in gewissem Sinne um den umgekehrten Fall, nämlich um die Frage, ob dem erstehenden Hypothekengläubiger in einem Rechtsstreit von jedermann die gesetzliche Fiktion des § 3 der VO. entgegengehalten werden kann. Neuerdings hat *Grussendorf* es allgemein für unzulässig erklärt, die gerichtliche Wertfestsetzung in einem nachfolgenden Prozeß anzugreifen.

Grussendorf stimmt dem OLG. Breslau nicht bei. Er geht davon aus, daß in § 3 VO. v. 26. Mai 1933 nicht der tatsächliche Wert entscheidend ist, sondern der vom Gericht nach Maßgabe des § 4 a. a. O. festgesetzte. Das ergäbe sich aus der Vorschrift des § 4 Abs. 1, wo bestimmt ist, daß als Grundstückswert i. S. der §§ 1—3 der Wert anzusehen ist, den das Gericht nach Maßgabe der folgenden Vorschriften festsetzt. Damit sei die gerichtliche Festsetzung zum entscheidenden Faktor für die Befriedigung des Gläubigers gem. § 3 gemacht. Es erscheine daher mit diesen Bestimmungen unvereinbar, wenn die Wertfestsetzung des Gerichts in einem nachfolgenden Prozeß zwischen Hypothekenschuldner und Gläubiger angegriffen wird. Unterstützend könne für diese Ansicht auf den Ausschluß der Beschwerde gegen die Wertfestsetzung hingewiesen werden (§ 4 Abs. 7 Satz 2). Wolle das Gesetz eine Nachprüfung der für das Verfahren grundlegenden Wertfestsetzung nicht einmal innerhalb dieses Verfahrens zulassen, so erscheine eine spätere Erörterung in einem anderen Verfahren noch weniger zweckmäßig. Die gegenteilige Auffassung würde der Wertfestsetzung nach § 4 eine wesentliche Bedeutung absprechen und eine unerwünschte Unsicherheit der Rechtsverhältnisse zur Folge haben (vgl. Deutsche Justiz 1935, 34 f.; *Jonas*, Zwangsvollstreckungsnotrecht, 8. Aufl., Anm. 4a zu § 4 VO. v. 26. Mai 1933). Mich vermögen auch diese Ausführungen nicht zu überzeugen, ebensowenig wie diejenigen von *Beyer* (vgl. JW. 1934, 1863[4] u. meine Entgegnung S. 1864).

Wenn *Grussendorf* sagt, es erscheine noch weniger zweckmäßig, eine Nachprüfung der für das Verfahren grundlegenden Wertfestsetzung in einem nachträglich anhängig gewordenen Rechtsstreit zuzulassen als innerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens selbst, so muß einmal darauf hingewiesen werden, daß § 4 Abs. 7 Satz 2 der VO. eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 79 ZwVerstG. be-

Die Rev. rügt, daß bei dieser Schadensberechnung die Vorschr. der §§ 3, 4, 23 VollstrMaßnVO. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302) übersehen seien. Die Rüge ist berechtigt. Wäre der Zuschlag rechtskräftig geworden, so hätte der Kl. nicht den vollen Gewinn des günstigen Grundstückserwerbs einstreichen dürfen. Das Gebot, zu dem er den Zuschlag erhalten hatte, blieb offensichtlich hinter $^7/_{10}$ des Grundstückswerts zurück; die Hypotheken des Kl. waren durch sein Meistgebot nicht gedeckt. Er hätte also kraft Gesetzes wegen seiner Hypothekenansprüche insoweit als aus dem Grundstück befriedigt gegolten, als er bei einem Gebot in Höhe von $^7/_{10}$ des Grundstückswerts gedeckt gewesen wäre. Diese gesetzliche Fiktion hätte nicht nur den Versteigerungsschuldner gegen weitere Inanspruchnahme aus den ehemals hypothekarisch gesicherten persönlichen Ansprüchen des Kl. geschützt, sondern sie hätte dem Kl. von jedermann entgegengehalten werden können (vgl. Schultze-Seifert, Der gesamte neue Vollstreckungsschutz S. 34 Anm. 2, 4 zu § 3). Auch der Bekl. kann sich mithin auf sie berufen. Hiernach ist die Begründung, mit der das BG. dem Kl. nur die später tatsächlich erzielten 1005,80 *RM* vom entgangenen Gewinn gekürzt, die ausgefallenen 2846,54 *RM* aber gänzlich aus der Schadensberechnung ausgeschieden hat, rechtlich fehlsam.

(U. v. 5. Dez. 1934; V 201/34.) [L.]

6. § 852 Abs. 2 BGB. Der Anspruch aus § 852 Abs. 2 ist nicht davon abhängig, ob die Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung vorliegen. Die Bestimmung besagt nur, daß der Ersatzpflichtige nach der Vollendung der Verjährung des Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung das durch diese auf Kosten des Verletzten Erlangte in demselben Umfang herauszugeben hat, wie nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung eine solche herauszugeben wäre.

Die T.-GmbH. hatte ein Theater betrieben. Der Bekl. war Inhaber aller Geschäftsanteile und Mitgeschäftsführer und hatte ihr das Theater verpachtet. Der Kl. hatte eine rechtskräftig festgestellte Forderung aus Gastspiel gegen die GmbH. erlangt. Die GmbH. leistete den Offenbarungseid. Bekl. löste das Pachtverhältnis und übernahm den Betrieb selbst. Er hatte zum mindesten eine Zeitlang erhebliche Einnahmen. Der Kl. nahm ihn in einem Vorprozeß mit Erfolg aus § 826 BGB. in Anspruch mit der Begründung, der Bekl. habe durch Wechsel in der Inhaberschaft die Vollstreckung gegen die GmbH. vereitelt; ohne solchen Wechsel würde der Bekl. das Theater in gleicher Weise mit gleich gutem, eine Beitreibung der Forderung verstattendem Erfolge weiterbetrieben haben.

Bedenken bestehen gegen die Begründung, mit der das BG. verneint, daß der Bekl. durch die unerlaubte Handlung etwas auf Kosten des Kl. erlangt habe (§ 852 Abs. 2 BGB.). Zu Unrecht macht das BG. den Anspruch davon abhängig, ob die Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung vorliegen. Müßten diese Voraussetzungen vorliegen, so hätte es der Best. des Abs. 2 des § 852 nicht bedurft; denn daß im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 812 ff. BGB. ein danach begründeter Anspruch unberührt davon bleibt, ob ein etwa begründeter Anspruch aus unerlaubter Handlung verjährt ist, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen so selbstverständlich, daß der Gesetzgeber keinen Anlaß gehabt hätte, das durch die besondere Vorschr. des § 852 Abs. 2 zu bestimmen (vgl. RG. 71, 361[1])). Diese Best. besagt also nur, daß der Ersatzpflichtige nach der Vollendung der Verjährung des Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung das durch diese auf Kosten des Verletzten erlangte in demselben Umfange herauszugeben hat, wie nach den Vorschr. über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung eine solche herauszugeben wäre (§§ 818 ff. BGB.). Daß der Bekl. die Gewinne aus dem Betriebe vermöge seiner persönlichen Tätigkeit erzielt hat, schließt nicht aus, daß der Bekl. sie auf Kosten des Kl. erlangt hat. Denn wenn der Kl., wie in den Urt. des Vorprozesses angenommen worden ist, einen Schaden dadurch erlitten hat, daß der Bekl. das zur Zeit der Entstehung der Forderung gegen die GmbH. betriebene Theaterunternehmen selbst übernommen und ihm dadurch die Vollstreckung in die laufenden Einnahmen des Betriebes unmöglich gemacht hat, dann hat der Bekl. die Bereicherung, die ihm die Vereitelung dieser Vollstreckung in die laufenden Einnahmen des Theaterbetriebes gebracht hat, i. S. des § 852 Abs. 2 BGB. auf Kosten des Kl. erlangt. Die Bereicherung ist in diesem Falle derjenige Teil des durch die unerlaubte Handlung verursachten Schadens, hinsichtlich dessen der Schaden des Verletzten zugleich mit einem Vermögenszuwachs des Schädigers verbunden ist (vgl. RG. 94, 4).

(U. v. 22. Okt. 1934; VI 235/34. — Celle.) [H.]

---

deutet, nach dem das Gericht bei der Beschlußfassung über den Zuschlag an eine Entsch., die es vorher getroffen hat, nicht gebunden ist. Im übrigen ist die Rechtskraftwirkung von Beschlüssen im einzelnen sehr bestritten. Nach herrschender Ansicht sind rechtskraftfähig nur solche Beschlüsse, die eine Sachgestaltung oder Sondersachgestaltung enthalten. Die Rechtskraft und damit das Gebundensein erstreckt sich grundsätzlich nur auf das Verhältnis zwischen denjenigen Personen, die die Sachgestaltung oder Sondersachgestaltung verfolgt haben. Daß das rechtskräftige Urteil grundsätzlich nicht gegen jedermann wirkt, entspricht der ZPO., weil sie eine solche Wirkung nur für gewisse Fälle anordnet. Entsprechendes muß dann in der Regel erst recht hinsichtlich der Gerichtsbeschlüsse gelten, für die ja nur eine entsprechende Anwendung der für die Urteile in dieser Hinsicht gegebenen Vorschriften in Frage kommen kann (vgl. Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, 1929, § 13 B V 1 S. 257 ff. u. § 13 B VII 1 S. 274 ff.).

Meiner Ansicht nach hat deshalb das RG. im vorl. Fall durchaus richtig die erneute Erörterung und Untersuchung des Grundstückswertes, wie er in der Zwangsversteigerung gegeben war, in dem nachträglichen Prozeß zugelassen. Das RG. hat ferner, wie es den Umständen des Falles entsprach, allerdings nur in hypothetischer Form, untersucht, ob durch das Gebot des Kl. tatsächlich $^7/_{10}$ des wahren Grundstückswertes erreicht worden wären oder nicht. Mit Recht vergleichen KG. und RG. in diesem nachträglichen Prozeß, um die Höhe des entstandenen Schadens zu ermitteln, die wirtschaftliche Lage, die sich für den Kl. ergeben hätte, wenn der Zuschlag für den Kl. unanfechtbar gewesen wäre, mit der Lage, die sich jetzt infolge der Aufhebung des Beschlusses im Beschwerdeverfahren für ihn ergeben hat.

In diesem Zusammenhange sei nur noch erwähnt, daß die Behauptung, der persönliche Anspruch komme schon mit dem Zuschlage zum Erlöschen, lediglich auf eine Bemerkung bei Jaeckel-Güthe, ZwVerstG. § 91 Anm. 2 Abs. 3 gestützt worden ist, wonach, soweit das Meistgebot den Anspruch deckt, auch der persönliche Anspruch erlöschen soll. Diese Bemerkung war schon ZBlFG. 13, 587 Anm. 3 als mißverständlicher Ausdruck bezeichnet worden und stand auch im Widerspruche zu anderen Bemerkungen desselben Werkes, so Anm. 4 Abs. 1 zu § 53, Anm. 8 Abs. 2 zu § 92, Anm. 8 Abs. 4 zu § 118 (vgl. jetzt insbes. Volkmar-Armstroff, 6. Aufl., § 92 A. 1; wie hier auch Brand-Baur, ZVR., 1930, S. 280 § 67 a. E.).

Die ganz allgemein herrschende Ansicht läßt die persönliche Schuld nicht schon infolge der rechnerischen Deckung durch das Meistgebot, sondern erst infolge der tatsächlichen Befriedigung im Verteilungsverfahren oder durch einen anderen Vorgang, der wie die Befriedigung aus dem Grundstück wirkt, untergehen (vgl. Planck, BGB. § 1181 Anm. 4, 2b; Reinhard-Müller, ZwVerstG. § 91 Anm. 2; BayObLG.: R. 1916 Nr. 772; OLG. 33, 110). Soweit der Erlös zur Deckung des dinglichen Anspruchs nicht ausreicht und die Fiktion des § 3 der VO. nicht Platz greift, besteht also die persönliche Forderung fort. In der Regel kann übrigens der Schuldner dem Gläubiger, der das belastet gewesene Grundvermögen selbst erstanden hat, gegenüber nicht geltend machen, daß er wegen seiner persönlichen Forderung ganz oder teilweise dadurch befriedigt sei, weil er das Grundvermögen für ein Gebot erstanden habe, das dem Grundstückswert nicht entspreche (vgl. RG. 80, 153; R. 1919 Nr. 1314 u. dazu Reinhard: R. 1921, 58).

LGR. Dr. Fraeb, Hanau.

[1]) JW. 1909, 499.

****7. §§ 2113 ff. BGB. Ersatz- und Nacherbe. Der Ersatznacherbe hat vor Wegfall des erstberufenen Nacherben vom Erbfalle an nicht die gleiche Rechtsstellung wie der erstberufene Nacherbe. Der Ersatznacherbe rückt erst mit dem Ersatzfall in die Rechtsstellung des Nacherben ein. Auf ihn sind die Rechtssätze der Ersatzerbschaft, nicht der Nacherbschaft anzuwenden.†)**

Der am 12. Dez. 1920 verstorbene Ernst T. hinterließ ein eigenhändiges Testament v. 30. Juli 1918, dessen wesentliche Bestimmungen lauten:

§ 1: Ich setze meine Ehefrau Mathilde T. geb. B. zur Vorerbin ein.

§ 2: Ihr setze ich meine beiden Kinder: a) Elfriede T., b) Alice T. zu gleichen Teilen zu Nacherben ein.

§ 5 enthielt die Ernennung eines Testamentsvollstreckers.

Auf Antrag der Witwe erteilte ihr das Nachlaßgericht einen Erbschein dahin, daß sie Vorerbin, die beiden inzwischen verheirateten Töchter Frau Elfriede K. und Frau Alice M. Nacherben seien, und daß eine Testamentsvollstreckung angeordnet sei. Der Testamentsvollstrecker hielt den Erbschein für unrichtig, weil die Abkömmlinge der Nacherben gem. § 2069 BGB. zu Ersatznacherben berufen seien und im Erbschein aufgeführt werden müßten, da sie sonst gegen gemeinsame Verfügungen der Vorerbin und Nacherben nicht geschützt seien. Auf seine Beschw. ordnete das AG. die Einziehung des Erbscheins an. Hiergegen legte die Vorerbin Beschw. ein. Das LG. hob darauf die Verfügung des AG. auf. Nunmehr beschwerte sich der Testamentsvollstrecker. Das KG. hielt, wie das LG., wenn auch aus anderen Gründen, die Erwähnung der Ersatznacherben im Erbschein nicht für notwendig, sah sich aber an der Zurückweisung der Beschw. durch die Entsch. des BayObLG. (BayObLG. 6, 710) gehindert und legte daher die Beschw. gem. § 28 FGG. dem RG. vor.

Durch Beschl. IV B 43/33 v. 2. Nov. 1933 hat das RG. (RG. 142, 171[1])) den angefochtenen Beschluß aufgehoben und die Sache zur Entsch. an das LG. zurückverwiesen. Es hat die Aufführung des Ersatznacherben sowohl im Falle ausdrücklicher letztwilliger Anordnung als auch im Falle stillschweigender Einsetzung von Ersatzerben auf Grund einer gesetzlichen Auslegungsregel schon deswegen für notwendig erachtet, weil sich ein Recht des Ersatznacherben mindestens von jenem Zeitpunkt an ergibt, in welchem der Eintritt des Ersatzfalles sich vollzieht. Die Frage, ob der Vorerbe schon vor dem etwaigen Wegfall des Nacherben außer durch diesen auch noch durch den Ersatznacherben in seiner Verfügungsmacht beschränkt sei, die das KG. schon damals verneinen wollte, und deren Verneinung nach Ansicht des KG. auch zur Verneinung der Notwendigkeit hätte führen müssen, den Ersatznacherben im Erbschein aufzuführen, hat das RG. aus dem angeführten Grunde als unerheblich für seine damalige Entsch. angesehen.

Das LG. war auf Grund erneuter Feststellungen nunmehr zu der Überzeugung gelangt, daß dem Willen des Erblassers ein Eintritt der Abkömmlinge der Nacherben als Ersatznacherben entsprochen haben würde, und hatte daher die Beschw. gegen die Einziehung des Erbscheins zurückgewiesen. Hiergegen legte die Vorerbin weitere Beschw. ein mit dem Antrage, den Beschluß und die Verfügung auf Einziehung des Erbscheins aufzuheben, erforderlichenfalls die Sache zurückzuverweisen. Die Vorerbin fühlte sich beschwert, weil bei den Ermittelungen über die Frage, ob die Abkömmlinge als Ersatznacherben berufen seien, lediglich die Beziehungen des Erblassers zur Nachkommenschaft in Betracht gezogen worden seien, nicht aber seine Stellung zur Vorerbin und die auch dem Erblasser unerwünschten Folgen, die nach Meinung der Vorerbin wegen weiterer, für die Vorerbin eintretender Verfügungsbeschränkungen die Anordnung der Ersatznacherbfolge nach sich ziehen müßte, und die daher notfalls Anlaß dazu hätten geben müssen, ihr den Ersatznacherben gegenüber wenigstens die Stellung einer befreiten Vorerbin zu geben.

Das KG. hat nunmehr die Sache erneut dem RG. gem. § 28 FGG. zur Entsch. vorgelegt. Das KG. meint, es sei rechtlich nicht zu beanstanden, daß das LG. eine Vererblichkeit der Anwartschaft der erstberufenen Nacherben (§ 2108 Abs. 2 BGB.) abgelehnt und einen Anhalt für die stillschweigende Berufung der Abkömmlinge zu Ersatznacherben (§ 2069 BGB.) festgestellt habe, es will aber neben der Beschränkung der Vorerbin durch die Nacherben, im Gegensatz zu der Auffassung der BeschwF., nicht auch noch eine weitere Beschränkung der Vorerbin durch Rechte von Ersatznacherben anerkennen, solange die erstberufenen Vorerben nicht weggefallen sind. Es hält daher auch eine Aufklärung darüber, ob der Erblasser eine Beschränkung der Rechte der Vorerbin durch Ersatznacherben vor Eintritt des Ersatzfalles gebilligt hätte, nicht für erforderlich, und will aus diesen Erwägungen

---

Zu 7. Die Ausführungen, mit denen das RG. (entsprechend dem Aufsatz von Zimmer: JurRdsch. 1934, 241 ff.) seine Entsch. begründet, erscheinen nicht frei von Bedenken.

1. Keine Meinungsverschiedenheit dürfte darüber bestehen, daß die Rechtsbeziehungen des Ersatznacherben bis zum Eintritt des Falles der Ersatznacherbfolge als ein anwartschaftliches Recht anzusehen sind, das dem Recht des Nacherben gleichartig ist (vgl. Zimmer a. a. O. S. 241, 243; v. Tuhr Bd. 1 S. 185; Planck, 4. Aufl., Bd. 5, Anm. 4 zu § 2102; KGJ. 35, 216; 94, 82).

2. Unter diesen Umständen dürfte zunächst der mehr oder minder hohe Grad von Wahrscheinlichkeit, daß der Fall der Nacherbfolge bzw. Ersatznacherbfolge eintritt, überhaupt kein stichhaltiger Grund für eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle sein. Dieses Moment muß also (a. A. Zimmer a. a. O.) bei der Betrachtung ausscheiden.

3. Maßgebende Bedeutung wird dem Vergleiche der Rechtsstellung des Ersatzerben mit der des Ersatznacherben beigemessen. Man will aus der Freiheit des Erben gegenüber dem Ersatzerben auch die grundsätzliche Freiheit des Erben gegenüber dem Ersatznacherben folgern. Hierbei läßt man aber m. E. mit Unrecht den Umstand außer acht, daß der Erbe gegenüber einem Ersatzerben grundsätzlich frei und unbeschränkt ist, während er im Falle der Nacherbfolge ohnehin den gegebenen Beschränkungen grundsätzlich unterliegt. Die beiden Fälle lassen sich also wegen der verschiedenen Stellung des Erben nicht ohne weiteres vergleichen.

4. Deshalb fragt es sich nur, ob die Beschränkungen des Vorerben zugunsten des Nacherben zwingend nur zu dessen Gunsten, oder nicht vielmehr zugunsten desjenigen wirken, der endgültig Nacherbe wird.

Bei Beantwortung dieser Frage wird dem Willen des Erblassers mit Recht maßgebende Bedeutung beigemessen. Ein solcher Wille, den Vorerben auch zugunsten des Ersatznacherben mit allen Beschränkungen der §§ 2113 ff. zu belasten, kann wohl nicht angenommen werden. Vielmehr dürfte zwischen dem Charakter der einzelnen Schutzvorschriften unterschieden werden müssen (Planck, 4. Aufl., Bd. 5 Anm. 4 zu § 2102). Die Schutzrechte, die dem Nacherben schon in der Zeit zwischen dem Erbfall und der Nacherbfolge zustehen (§§ 2121—2123, 2127—2129), dürfte wohl bis zum Eintritt der Ersatznacherbfolge nur der Nacherbe geltend machen können, weil eine weitergehende Beschränkung des Erben wohl nicht dem Willen des Erblassers entspricht. Insofern sind m. E. die Bedenken des RG., die sich auf den Willen des Erblassers gründen, berechtigt.

Andererseits dürften aber diese Bedenken dort wegfallen, wo es sich um die sog. zukünftigen (KGJ. 42, 230) Schutzrechte handelt, die sich erst nach dem Eintritt der Nacherbfolge auswirken. Bei diesen Beschränkungen des Vorerben handelt es sich um solche, denen er schlechthin unterworfen ist, und bei denen es für ihn keine Erschwerung bedeutet, wenn die Beschränkung auch sofort zugunsten des Ersatznacherben wirkt. Vielmehr dürfte es dem Willen des Erblassers am meisten entsprechen, wenn mit diesen Beschränkungen alle in Zukunft möglichen Nacherben, auch die Ersatznacherben geschützt werden.

Dieser Auffassung steht auch nicht der Umstand entgegen, daß der Wegfall des Nacherben keine Bedingung im Rechtssinne (Zimmer a. a. O. S. 243) für den Eintritt des Ersatznacherben ist, denn ausschlaggebend bleibt die Tatsache, daß der Ersatznacherbe durch den Willen des Erblassers berufen ist. Aus dieser Berufung folgt aber auch weiterhin der Wille, dem Ersatznacherben den Schutz des Gesetzes für den Nacherben in dem Umfang angedeihen zu lassen, der sich mit dem wohlverstandenen Interesse des Vorerben vereinbaren läßt.

RA. Dr. Hugo Zilkens, Köln.

[1]) JW. 1934, 355.

die Beschw. zurückweisen. Es sieht sich hieran aber durch die Auffassung des BayObLG. (BayObLG. 6, 706), des OLG. Dresden (ZBlFG. 11, 548), des OLG. Rostock (KGJ. 43, 304) und des OLG. Karlsruhe (BadNotZ. 11, 16) gehindert, die dem Ersatznacherben vom Erbfalle an auch vor Wegfall des erstberufenen Nacherben die gleiche Rechtsstellung wie dem erstberufenen Nacherben selbst zuerkannt haben.

Die Voraussetzungen zur Vorlage der Beschw. an das RG. sind gegeben.

Das RG. hat sich, soweit ersichtlich, zu der Streitfrage noch nicht geäußert. Der Meinung des KG., die es früher schon vertreten hatte (KGJ. 35, A 215), die es dann aber aufgegeben hatte (KGJ. 49, 79), hatte sich auch das OLG. Braunschweig (JFG. 5, 315) angeschlossen.

Im Schrifttum findet sich der gleiche Widerstreit der Meinungen, einerseits Köhne-Feist, Die Nachlaßbehandlung, 19. Aufl., Bd. 1 S. 245; Schmidt: DRZ. 1916, 232; Weißler: DNotV. 1917, 282; Leonhard, Erbrecht, 2. Aufl., Anm. 3 zu § 2102; Endemann, 8./9. Aufl., Bd. 3 § 57 Anm. 8; Herold, ZBlFG. 16, 557; insbes. Zimmer in einem Aufsatz, der zum Abdruck in JurRdsch. v. 1. Dez. 1934 bestimmt ist; andererseits Güthe-Triebel, 5. Aufl., § 52 Anm. 3 u. 10; Staudinger, 9. Aufl., §§ 2096—2099 Anm. 2, § 2100 Anm. 4; Planck, 4. Aufl., Bd. 5 § 2102 Anm. 4; Kipp, 8. Aufl., § 93 V, 5; v. Tuhr Bd. 1 S. 185; Wein: DNotV. 1916, 21; Schwartze, Der Inhalt des Erbscheins nach dem BGB. S. 131/32.

Der vom KG. erneut vertretenen Ansicht ist beizupflichten.

Die Rechtsstellung des Ersatzerben des Nacherben ist im BGB. nicht besonders geregelt. Neben den Vorschriften über das Recht des Nacherben finden sich nur solche, die allgemein für Ersatzerben gelten (§§ 2096—2099 BGB.). Wie schon durch seine Bezeichnung klargestellt wird, tritt der Ersatzerbe nur beim Wegfall eines anderen Erben in die dadurch frei gewordene Stelle ein (§ 2096 BGB.). Ein solcher Eintritt ist der Sache nach beim Ausscheiden sowohl eines Erben als auch eines Nacherben möglich. Die allgemeinen Regeln über die Stellung eines Ersatzerben müssen daher auch die Grundlage für die Beurteilung der Rechtsstellung des Ersatzerben des Nacherben bilden, wenn nicht die Ausgestaltung des Nacherbrechts zu einer anderen Auffassung führt.

Dem Ersatzerben sind im BGB. vor Eintritt des Ersatzfalles (und auch vor Eintritt des Erbfalles) keine Erbrechte irgendwelcher Art eingeräumt. Er erwirbt eine Rechtsstellung als Erbe nicht schon allein durch den Erbfall, sondern erst auf Grund Wegfalls des erstberufenen Erben. Er kann sich gegen etwaige Geschäftsführung des Erstberufenen erst nach dessen Wegfall und nur in den durch § 1959 BGB. gesetzten Grenzen an diesen oder Dritte halten. Vor dem Wegfall des Erben bestehen keine Rechtsbeziehungen zwischen dem Ersatzerben und dem Erben oder Dritten, die dem Ersatzerben irgendeinen Einfluß auf die Führung erbschaftlicher Geschäfte gewährten, insbes. für ihn ein Recht oder eine Pflicht zur Mitwirkung bei Geschäften begründeten. Auf das Verhältnis des Ersatzerben des Nacherben zum Nacherben oder Vorerben angewendet, ergibt sich der Schluß, daß der Ersatznacherbe erst mit dem Ersatzfall in die Rechtsstellung des Nacherben einrückt, vorher aber keine Rechte und Pflichten des Nacherben hat.

Anders als die Stellung des Ersatzerben ist die des Nacherben. Er tritt in gewisse Rechte und Pflichten, die ihm als Nacherben zukommen, schon mit dem Erbfall ein und nicht erst mit dem Nacherbfall (§§ 2113 ff. BGB.).

Das Gesetz paßt sich bei beiden Regelungen den Absichten des Erblassers an und findet in ihnen seine Rechtfertigung. Der Erblasser, der einen Nacherben bestellt, sieht in ihm einen zwar späteren, aber doch einen Hauptbedachten, einen Erben, dem der Nachlaß in aller Wahrscheinlichkeit auch einmal zufallen soll, nicht nur einen Ersatzmann. Den Ersatzerben beruft der Erblasser nur für einen Ausfall, hilfsweise. Es entspricht dieser Sachlage, einem Bedachten, dem, wie dem Nacherben, der Nachlaß nicht nur bei einem Ausfall, sondern im Regelfall zukommen soll, von vornherein einen Einfluß auf den Nachlaß einzuräumen. Einem Ersatzmann, der einem anderen nur für den Ausfall nachgeordnet ist, gebührt keine mitentscheidende Anteilnahme. Daher rechtfertigt sich die Sicherung des Nacherben, aber nicht auch ebenso die des Ersatzerben. Die Gründe, welche für die Rechtsstellung des Nacherben maßgebend sind, liegen beim Ersatznacherben ebensowenig vor wie beim Ersatzerben. Auf den Ersatznacherben sind daher die Rechtssätze der Ersatzerbschaft, nicht der Nacherbschaft anzuwenden.

Die gegenteilige Auffassung würde auch zu Schwierigkeiten führen und oft geradezu den Wünschen des Erblassers zuwiderlaufen, denen doch die Rechtsformen der Ersatzerbschaft und der Nacherbschaft dienen sollen. Würde der Ersatznacherbe schon vor dem Ersatzfall und schon vom Erbfall an die Rechtsstellung des Nacherben haben, so wäre seine Zustimmung in allen den Fällen erforderlich, in denen die des Nacherben notwendig ist. Unbekannten Ersatznacherben würde ein Pfleger zu bestellen sein, der sich als Fremder in oft unerwünschter Weise in die Familienverhältnisse einmischen, häufig im Bewußtsein seiner Verantwortlichkeit, ebenso wie der Ersatznacherbe selbst auf Grund seiner besonderen Belange, die gesetzlich erforderliche Zustimmung zu einer Maßnahme verweigern und dadurch den Erfolg herbeiführen wird, daß Vorerbe und Nacherbe, die vielleicht die gleichen Wünsche haben, von ihren Absichten ablassen müssen. Das alles würde also zum Nachteil der beiden Personen ausschlagen, die der Erblasser in erster Linie bedacht hat, die nach seinem Willen den maßgebenden Einfluß haben ausüben sollen, dagegen würde einer Person die Entsch. zufallen, die im Regelfall später nicht in die Erbenstellung einrücken wird. Abgesehen hiervon würde der Verkehr in nicht gerechtfertigter Weise wesentlich erschwert werden. Eine solche Regelung kann ein Gesetz nicht gewollt haben, das die Durchführung der Wünsche des Erblassers zu sichern sich zum Ziele gesetzt hat.

Zweifel gegen ein solches Ergebnis sind aus § 2113 BGB. hergeleitet worden. Hier wird die Person geschützt, die endgültig Erbe wird. Die Vorschrift ist indessen unvollständig. Es wird in ihr nicht zum Ausdruck gebracht, daß die beeinträchtigende Verfügung durch gültige Zustimmung wirksam geworden sein kann, was zweifellos wenigstens dann der Fall ist, wenn die Person, die nachträglich Erbe wird, als Anwärter entsprechend ihrer aus § 2120 sich ergebenden Verpflichtung eingewilligt hatte. Die Bedeutung des § 2113 BGB. ist also nur im Zusammenhang mit § 2120 BGB. verständlich und auf das richtige Maß zurückzuführen. § 2113 BGB. sagt naturgemäß auch nichts darüber, wessen Einwilligung rechtserheblich ist. § 2120 BGB. aber behandelt die Pflicht zur Einwilligung „des Nacherben", ohne Rücksicht darauf, ob er später einmal endgültig Erbe wird, und daher ist aus § 2113 i. Verb. m. § 2120 BGB. auch nicht zu entnehmen, daß nur die Zustimmung des endgültigen Erben auf das Recht dieses Erben Einfluß hat. Bei Beantwortung der Frage, wessen Zustimmung erheblich ist, ist auch § 2130 BGB. zu beachten. Das Recht des zum Erben gewordenen Nacherben umfaßt nur den Zustand des Nachlasses, in dem sich dieser bei ordnungsmäßiger Verwaltung befinden muß (§ 2130 BGB.). Eine ordnungsmäßige Verfügung kränkt also das Recht des zum Erben gewordenen Nacherben nicht. Ob die Verfügung ordnungsmäßig war, ergibt sich sonst aus dem Gesetz und demgemäß aus den vorstehenden Erörterungen. § 2113 BGB. läßt daher keinen Schluß darauf zu, daß zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung es auch vor Eintritt des Ersatzfalles der Zustimmung des Ersatznacherben bedarf.

Ist aber die Einwilligung des Ersatznacherben nicht erforderlich, der Ersatznacherbe vielmehr vor Eintritt des Ersatzfalles nicht einmal in Rechtsbeziehungen zum Vorerben und Nacherben eingetreten, dann kann eine ordnungsmäßige Verwaltung nur in dem Zusammenwirken zwischen dem Vorerben und den Personen bestehen, die jeweils die Anwärterrechtsstellung des Nacherben schon einnehmen. Denn für sich allein ist der Vorerbe nicht vollberechtigt. Es muß also zu einer rechtsgültigen Verfügung vor Eintritt des Ersatzfalles

die Einwilligung desjenigen Nacherben erforderlich sein und genügen, an dessen Stelle später der zum Erben gewordene Ersatznacherbe eingetreten ist.

Sonstige Erwägungen, die sich in der Rspr. gegen dieses Ergebnis wenden, können nicht als berechtigt anerkannt werden. Ein Vergleich der Stellung von Nacherbe und Ersatznacherbe mit der Stellung zweier unter Bedingungen oder nacheinander eingesetzter Nacherben ist nicht zulässig. Denn diese alle sind Hauptbedachte und Gleichberechtigte und von Anfang an in die Nacherbenrechtsstellung berufen. Die Folgerungen, die aus der nachgeordneten Hilfsstellung des Ersatzerben sich ergeben, treffen bei ihnen nicht zu. Im übrigen handelt es sich bei dem Wegfall eines Nacherben auch nicht um eine rechtsgeschäftliche Bedingung.

Der Hinweis, daß der Nacherbe zur Vertretung des Ersatznacherben nicht berechtigt ist, trifft nicht die der Entsch. bedürfende Frage. Nicht eine Vertretungsmacht des Nacherben steht zur Erörterung, sondern die Vorfrage, ob der Ersatzerbe Rechte schon besitzt, an die sich doch dann erst die Frage anknüpfen könnte, ob er in diesen Rechten vertreten werden könnte.

Daß nur eine Lösung der Frage in dem erörterten Sinne den Wünschen des Erblassers regelmäßig dienen wird, ist oben schon hervorgehoben. Bei der Einstellung des Gesetzes, dem Willen des Erblassers Freiheit zu lassen, ist selbstverständlich eine andere Anordnung nicht verboten. Will der Erblasser einem Bedachten Nacherbenrechte von vornherein gewähren, kann er diese Absicht durch eine Einsetzung zum bedingten weiteren Nacherben erreichen. Ersatzerbe ist ein solcher Nacherbe im Zweifel schon von Gesetzes wegen (§ 2102 BGB.).

Den Ausführungen des KG., mit denen es die Zurückweisung der Beschw. begründen will, ist also zuzustimmen.

(Beschl. v. 8. Nov. 1934; IV B 51/34. — Berlin.) [K.]
<= RG. 145, 316.>

8. § 23 KO. Nach einem Vergleichsverfahren, das mit einem Treuhandvergleich geendet hat, steht im Konkurs des Schuldners den Vergleichsgläubigern an dem zur Durchführung des Vergleichs dem Treuhänder übereigneten Treugut ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nicht zu.

Die Firma J., deren alleiniger Inhaber der Kaufmann M. war, befand sich im Jahre 1929 im gerichtlichen Vergleichsverfahren, an dem die Kl. mit einer Forderung von 87511 *RM* beteiligt war. Das Verfahren endete mit einem am 19. Juni 1929 gerichtlich bestätigten Vergleich. Nach diesem sollten die Gläubiger mit Forderungen bis 100 *RM* volle Bezahlung erhalten, die übrigen Gläubiger 55% in bestimmten Raten. Zur Sicherung und Erfüllung der Vergleichsforderungen sollte die Schuldnerin dem Treuhänder, Bankdirektor R., ihr gesamtes Aktivvermögen als Treugut übertragen. Demgemäß hat M. in dem Treuhandvertrag v. 4. Juli 1929 dem Treuhänder sämtliche Aktiven übereignet und ihm die Befugnis erteilt, die übereigneten Gegenstände zur Befriedigung der Gläubiger zu verwerten. Nach § 9 des Vertr. sollte der Treuhänder den Gläubigern und dem Schuldner für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einstehen, für die Erfüllung der vom Schuldner im Vergleich den Gläubigern gegenüber übernommenen Verpflichtungen sollte er dagegen persönlich nicht, auch nicht gem. § 419 BGB. haften. Im April 1932 ist M. verstorben, am 13. Okt. 1932 ist über seinen Nachlaß Konkurs eröffnet und der Bekl. zum Konkursverwalter bestellt worden.

Der Treuhänder R. hat die Treuhandschaft bis zur Konkurseröffnung geführt. Zu diesem Zeitpunkt waren von den Vergleichsgläubigern folgende noch nicht befriedigt: die Kl. in Höhe von etwa 86000 *RM*; die Schwester des Verstorbenen in Höhe von 27000 *RM* ihrer unverkürzten Forderungen. Das Treugut bestand damals aus einem von dem Treuhänder bei der Kl. hinterlegten Guthaben von etwa 33000 *RM*. Der Treuhänder hat davon 8002 *RM* an den Konkursverwalter mit dem Vorbehalt ausgezahlt, daß damit auf etwaige Rechte der Altgläubiger nicht verzichtet werden sollte. Der überweisende Betrag blieb bei der Kl. hinterlegt.

Die Kl. nimmt als Vergleichsgläubigerin das Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Treugut in Anspruch. Nach dem Beschluß des Gläubigerausschusses v. 23. Nov. 1932 sollte das Absonderungsrecht entweder durch den Treuhänder oder die Kl. im Prozeß geltend gemacht werden.

Mit der Klage beantragt die Kl., festzustellen, daß ihr wegen ihrer Forderung an die M.sche Nachlaßkonkursmasse in Höhe von 6100 *RM* das Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Teilbetrag des Treuguts von 8002 *RM* zusteht, der von Bankdirektor R. als Treuhänder im M.schen Vergleichsverfahren an den Bekl. bereits herausgegeben worden ist.

Die Klage wurde in allen drei Instanzen abgewiesen.

Der BerR. verneint die Frage, ob nach einem Vergleichsverfahren, das mit einem Treuhandvergleich geendet hat, im Konkurse des Schuldners oder seines Nachlasses den Vergleichsgläubigern an dem zur Durchführung des Vergleichs dem Treuhänder übereigneten Treugut ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zusteht.

Auf den Grundsatz, wonach ein Absonderungsrecht auch demjenigen zuzubilligen sei, dem zur Sicherheit für eine Forderung ein Gegenstand zu treuen Händen übereignet worden ist, könne sich die Kl. nicht berufen, weil der Schuldner ihr nichts übereignet habe, vielmehr einem dritten Treuhänder sein Vermögen zum Zwecke der Erfüllung der Vergleichsforderungen zu treuen Händen übertragen habe. Dieser könnte, wenn überhaupt, nur ein Absonderungsrecht haben zum Zwecke der anteiligen Befriedigung aller Vergleichsgläubiger aus dem ganzen Treugute; dem einzelnen Gläubiger stünden am einzelnen zum Treugut gehörenden Gegenstande keinerlei Rechte unmittelbar zu.

Der zwischen dem Schuldner und R. abgeschlossene, der Durchführung des Vergleichs dienende Treuhandvertrag sei als Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 23 KO. mit der Konkurseröffnung erloschen. Damit sei auch die Befugnis des Treuhänders zur Verwertung des Treugutes erloschen; er sei nunmehr gem. § 667 BGB. zur Rückgewähr des Treuguts in die Konkursmasse verpflichtet gewesen. Um wohlerworbene Rechte der am Vergleich beteiligten Gläubiger, die durch das Erlöschen des Treuhandauftrags nicht in Mitleidenschaft gezogen werden durften, handele es sich im vorliegenden Fall nicht. Denn nach dem Inhalt des Vertrags v. 4. Juli 1929 hätten die Gläubiger weder ein dingliches Recht am Treugut erlangt, noch hafte ihm der Treuhänder für die Erfüllung der Vergleichsforderungen. Eine solche Haftung sei im Vertrag ausdrücklich ausgeschlossen. Der Pflicht des Treuhänders zur Rückgewähr des Treuguts stehe auch nicht entgegen, daß der Schuldner den Gläubigern gegenüber verpflichtet gewesen sei, sein Vermögen einem Treuhänder zur Durchführung des Vergleichs zu übertragen. Diese Verpflichtung habe er bereits erfüllt. Das Erlöschen des Geschäftsbesorgungsvertrags sei durch § 23 KO. angeordnet, damit der Konkursverwalter das zur Konkursmasse gehörige Vermögen verwalten könne, ohne durch einen Dritten behindert zu werden.

Schon auf Grund dieser Erwägungen erachtet der BerR. die Klage für unbegründet. Er nimmt aber auch an, daß der Treuhandvertrag samt der Vermögensübertragung ohne weiteres hinfällig werde, weil der Vergleich und der Treuhandvertrag unter der stillschweigenden Bedingung geschlossen seien, daß es nicht zum Konkurse komme; denn der Zweck des Vergleichsverfahrens sei gerade die Abwendung des Konkurses. Bei jedem Treuhandvertrag komme es maßgeblich auf den Willen des Schuldners und des Treuhänders an, die den Vertrag geschlossen; hier habe der Schuldner ein Interesse gerade daran gehabt, daß im Konkurse, wenn er nicht abzuwenden war, Alt- und Neugläubiger gleichmäßig befriedigt würden. Sollte in einem anderen Falle der Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet sein, den Gläubigern eine Sicherheit auch im Falle des Konkurses zu bieten, so würde einem etwaigen Absonderungsanspruch die Einrede der Anfechtung aus § 31 Ziff. 1 KO. entgegenstehen. Wenn nach § 7 VerglO. ein Teilerlaß im Falle der Konkurseröffnung im Zweifel hinfällig werde, so müsse dies folgerichtig auch für die Gegenleistung des Schuldners, die Treuhandübereignung gelten.

Da der BerR. hiernach ein Recht der Kl. auf abgesonderte

Befriedigung aus dem Treuhandgut verneint, sieht er von einer Erörterung des Einwands des Scheinvertrags und des Sittenverstoßes ab.

Der Rev. der Kl. war der Erfolg zu versagen. Die Frage, ob nach einem durch einen Treuhandvergleich beendeten Vergleichsverfahren den Vergleichsgläubigern im späteren Konkurse des Schuldners oder seines Nachlasses an dem zur Durchführung des Vergleichs dem Treuhänder übereigneten Treugut ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zusteht, wird von Jaeger, Komm. z. KO., Bd. I zu § 23 Anm. 8 (vgl. auch Warneyer, KO. § 23 V S. 77; Bley: Konk. u. Treuh. 1928 S. 1; Urt. des erk. Sen. v. 2. Okt. 1914, VII 198/14 = LZ. 1915, 218) im Gegensatz zu Menzel, KO., Nachtrag zu § 48 S. 296 f. und Kiesow, VerglO. § 7 A. 6—10, S. 172 f. verneint. Den überzeugenden Ausführungen, mit denen Jaeger diese Ansicht begründet, schließt sich der erk. Sen. an. Zutreffend geht Jaeger davon aus, daß das Erlöschen eines auf Geschäftsbesorgung gerichteten Treuhandvertrags nach § 23 KO. als gesetzliche Konkursfolge unabdingbar eintritt. Die Unabdingbarkeit ergibt sich aus dem öffentlichrechtlichen Charakter der Vorschriften der KO., namentlich der des § 23. Wird dem Geschäftsbesorger, wie hier, ein bestimmtes Treugut auf Grund eines zur Abwendung des Konkurses geschlossenen Vergleichs übertragen, so bildet das Treugut, aus dessen Ertrag oder Erlös die Schuldenbereinigung zu geschehen hat, nicht minder einen Bestandteil der Konkursmasse des Treugebers als in den Fällen, in denen es einem Einzelgläubiger unmittelbar durch Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung übertragen worden war. Auch in jenem Falle steht der Geschäftsbesorgungsvertrag in Beziehung zur Konkursmasse und erlischt er daher nach § 23 KO., wenn der Treugeber in Konkurs verfällt. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Schuldner allein oder zusammen mit der Mehrheit der Gläubiger den Treuhandvertrag mit dem Treugeber abgeschlossen hat. In beiden Fällen erlischt das Treuhandverhältnis uneingeschränkt in seiner Gesamtheit. Dieses Erlöschen hat zur Folge, daß das Treugut, soweit es im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch vorhanden ist, in die Konkursmasse fällt. Und zwar vollzieht sich der Rückfall des Treuguts in das Schuldnervermögen bei Konkurseröffnung von Rechts wegen. Denn die Übertragung des Treuguts an den Treuhänder war erfolgt mit dem Willen einer bestimmten Zweckgebundenheit, nämlich ausschließlich zum Zwecke einer den Konkurs abwendenden Gläubigerbefriedigung, wie denn auch die Überschrift des Gesetzes v. 5. Juli 1927 von einem Vergleich „zur Abwendung des Konkurses“ spricht. Die Übertragung war also stillschweigend in dem Sinne bedingt, daß sie ihre Wirksamkeit verliert, wenn über das Vermögen des Schuldners oder seines Nachlasses der Konkurs doch noch eröffnet wird. Soweit das Treugut in diesem Zeitpunkt noch nicht zur Befriedigung des Vergleichsgläubigers verwendet worden ist, tritt der frühere Rechtszustand von selbst wieder ein. Selbstverständlich wirkt dies nur für die Zukunft, nicht nach rückwärts. Die schon geschehene Abwicklung des Vergleichs bleibt bestehen, seine bereits erfolgte Erfüllung wird durch die Konkurseröffnung nicht aufgehoben. Nur insoweit wird durch § 7 VerglO. eine Ausnahme geschaffen, als ein teilweiser Forderungserlaß seitens der Vergleichsgläubiger im Zweifel hinfällig wird. Lediglich das Wiederaufleben der teilweise erlassenen Forderungen wird in § 7 a. a. O. bestimmt. Dagegen besagt diese Vorschrift nicht, daß das zur Abwicklung des Vergleichs noch nicht verwendete Treugut den Vergleichsgläubigern zu ihrer besonderen Befriedigung trotz der Konkurseröffnung verbleibt. Dies würde zu dem völlig unannehmbaren Ergebnis führen, daß neben dem Konkursverfahren auch noch die Abwicklung des früheren Vergleichs liefe.

(U. v. 6. Nov. 1934; VII 105/34. — Königsberg.) [H.]
<= RG. 145, 253.>

****9.** §§ 2, 3 AnfG.; §§ 823, 826 BGB.; § 288 StGB. **Ist die Vollstreckbarkeit des Titels auf das Inland beschränkt, so ist die Zwangsvollstreckung daraus schon dann erfolglos, wenn ein greifbarer Vermögensgegenstand im Inland nicht zur Verfügung steht. In der Entziehung des einzigen inländischen Zugriffsobjekts kann u. U. eine unerlaubte Handlung liegen.**†)

Die Kl. hat der Firma R. in USA. Maschinen geliefert und aus ihren über die Kaufsumme von 100000 *RM* gegebenen, vom Februar bis April 1932 fälligen Wechseln beim LG. E. gegen sie Versäumnisurteil erwirkt. Die Firma R. hat am 3. April 1932 ihren einzigen in Deutschland befindlichen Vermögensgegenstand, einen Geschäftsanteil von 100000 *RM* an einer GmbH., notariell an die Bekl. abgetreten. Die Zwangsvollstreckung der Kl. gegen die Firma R. war in Deutschland erfolglos, in Amerika hat die Kl. eine solche nicht versucht. Die Bekl. ist die Ehefrau des bis zum 24. Juni 1932 in seiner Stellung gewesenen Präsidenten der Firma R. Die Kl. focht die Abtretung des Geschäftsanteils nach § 3 Ziff. 2—4 AnfG. an und forderte von der Bekl. Duldung der Zwangsvollstreckung in diesen Vermögenswert aus den gegen die Firma R. erlangten Schuldtiteln; sie stützte ihre Klage außerdem auf § 288 StGB., § 241 KO. verbunden mit §§ 823, 826 BGB.

BG. wies die Klage ab. RG. hob auf und verwies zurück.

Soweit die Klage auf Anfechtung gestützt ist, erachtet das BG. die Voraussetzungen des § 2 AnfG. insofern für nicht gegeben, als die Tatsache, daß ein ausländischer Schuldner Vermögen in Deutschland habe, dem Gläubiger noch nicht das Recht gebe, sich gerade daraus wegen seiner Forderung zu befriedigen, die Kl. vielmehr gegen die Firma R. die Zwangsvollstreckung zunächst in Amerika in ihr dortiges Vermögen habe betreiben müssen, was nicht geschehen sei. Damit entfalle auch der Tatbestand einer unerlaubten Handlung i. S. von §§ 823 Abs. 2, 826 BGB., § 288 StGB., § 241 KO.

Diesen Erwägungen stellt die Rev. bezüglich des Anfechtungsanspruchs zunächst das Bedenken entgegen, daß die Schuldtitel der Kl., weil unstreitig in den Vereinigten Staaten nicht anerkannt, nur für Deutschland Vollstreckbarkeit besäßen, den Erfordernissen des § 2 AnfG. mithin ge-

---

Zu 9. Der Entsch. ist zuzustimmen. Die Beschränkung der Vollstreckungsmöglichkeit auf das innerdeutsche Staatsgebiet verbietet an sich schon einen Versuch der Schuldnerin, inländische pfändbare Vermögenswerte dem Zugriff der Kl. dadurch zu entziehen, daß sie Vermögenswerte in der Absicht in das Ausland bringt, die Befriedigung der Kl. zu vereiteln. Der Zweckgedanke des AnfG. ist in dem Falle erfüllt, in dem die Schuldnerin sich durch Übertragung der Geschäftsanteile auf die Bekl. im Inlande vermögenslos gestellt hat, um dadurch die Kl. zu einem Vorgehen in einem ausländischen Staat zu zwingen, der dem Zahlungsurteil eines deutschen Gerichtes sein Staatshoheitsrecht zur Vollstreckung versagt.

Anerkannten Rechtens ist, daß zur Geltendmachung des Anfechtungsrechtes der Kl. diese sämtliche Vollstreckungsmöglichkeiten erschöpft haben muß; diesem Erfordernis ist zweifelfrei dadurch genügt, daß die Kl. die Vollstreckung in dem territorialen Gebiet versucht hat, in dem das deutsche Urteil den staatlichen Vollstreckungsschutz genießt. Der Hinweis der Bekl. auf angeblich pfändbare Vermögenswerte der Schuldnerin in USA. soll erkennbar nichts anderes bedeuten, als einen Zwang für die Kl., den Versuch anzustellen, sich erst in USA. noch *einen zweiten Titel* eines dortigen Gerichtes zu erwirken, um für den Fall der Erwirkung eines solchen Titels dort aus diesem den weiteren Versuch einer Vollstreckung gegen die Schuldnerin zu unternehmen. Es ist aber nicht der Sinn und Zweck des AnfG., einen Gläubiger, der bereits einen Zahlungstitel erstritten hat, zu veranlassen, sich für die gleiche Forderung noch einen anderen Titel zu verschaffen; eine solche Auffassung widerspricht dem Grundsatz: „Ne bis in idem“ und wäre allein schon mit der „exceptio rei judicatae“ zu beseitigen. Es ist deshalb durchaus richtig, daß das RG. zu dem Schluß kommt, dem Erfordernis des § 2 AnfG. sei dadurch genügt, daß die Klägerin nachgewiesen hat, aus dem erlangten deutschen Schuldtitel im Inlande keine Befriedigungsmöglichkeit zu haben. Die Vollstreckbarkeit des deutschen Urteils ist insoweit nicht nur einfache Voraussetzung für die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches, sondern in der Beschränkung ihres örtlichen Umfanges durch Versagung der Vollstreckungsmöglichkeit in USA. auch gleich-

nügt sei, wenn im Inland keine Vermögensstücke der Firma R. zur Verfügung ständen. Dem ist auch nach Ansicht des Senats beizutreten. Gewiß stellt das Gesetz für das außerkonkursmäßige Anfechtungsrecht die ganz allgemeine Voraussetzung auf, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder annehmbar nicht führen wird, wobei als Vermögen die Habe des Schuldners in ihrer Gesamtheit anzusehen ist (Jäger, AnfG. § 2 S. 44; Schäfer, AnfG. § 1 S. 93, 50), und die Rspr. verlangt, daß der Versuch der Vollstreckung in das Schuldnervermögen ein erschöpfender sein müsse (RG. 12, 400; 22, 47). Bildet dabei der Schuldtitel des Gläubigers auch keine Voraussetzung für die Entstehung des Anfechtungsanspruchs, sondern nur für dessen Geltendmachung, so ist doch seine Vollstreckungswirkung für die Beurteilung des Vorliegens der Anfechtungsvoraussetzungen nicht ohne Bedeutung. Ist die Vollstreckbarkeit des Titels, wie dies im Streitfall zutrifft, territorial begrenzt, nämlich auf das Inland beschränkt, so ist die Zwangsvollstreckung daraus i. S. von § 2 AnfG. schon dann erfolglos, wenn ein greifbarer Vermögensgegenstand im Inland nicht zur Verfügung steht. War ein solcher vorhanden, und ist er durch eine der Rechtshandlungen des § 3 AnfG. aus dem Schuldnervermögen ausgeschieden, dadurch aber die Erfüllung des vollstreckbaren Anspruchs vereitelt worden, so ist nicht einzusehen, warum der Zweckgedanke des AnfG., das sich gegen in der Vereitelung der Zwangsvollstreckung bestehende Benachteiligungen der Gläubiger seitens der Schuldner wendet, nicht auch auf einen solchen Fall Anwendung finden soll. Der Kl. ist, wenn ihr durch die Rechtshandlung ihres im Ausland wohnhaften Schuldners das einzige mit ihrem Schuldtitel früher greifbare inländische Vermögensstück des Schuldners entzogen worden ist, nicht zuzumuten, sich neue, in den Vereinigten Staaten vollstreckbare Schuldtitel zu beschaffen und mit ihrer Hilfe die Zwangsvollstreckung gegen ihren Schuldner in Amerika zu betreiben, bevor sie die den Klaggegenstand bildende Veräußerung des Geschäftsanteils anfechten kann. Vielmehr braucht sie zur Erfüllung der Erfordernisse des § 2 AnfG. etwas Weiteres nicht darzutun, als daß ihr infolge des Verhaltens des Schuldners der erlangte Schuldtitel keine Befriedigungsmöglichkeit bietet. Diese Voraussetzung ist unstreitig gegeben und damit der Weg für die Geltendmachung eines Anfechtungsanspruchs offen. Das BG. hätte also prüfen müssen, ob im übrigen der Anfechtungstatbestand gegeben war.

Auch die Erwägungen der Vorinstanz zur Klagbegründung aus § 288 StGB., §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. halten der Nachprüfung nicht stand. Das BG. erachtet eine unerlaubte Handlung der Bekl. im Zusammenhang mit dem Erwerb des Geschäftsanteils auch bei einem absichtlichen Zusammenwirken zwischen ihr und der Firma R. schon deshalb als nicht gegeben, weil ein Anspruch der Kl. gerade auf Befriedigung aus jenem Geschäftsanteil nicht bestanden habe. Das kann indessen für die hier zur Entsch. stehende Frage nicht maßgebend sein. Eine Schädigung der Kl. durch

---

bedeutend mit dem Nachweis ergebnisloser Vollstreckung. Wenn bei nicht vorhandener Vollstreckung der Nachweis erforderlich ist, daß eine Vollstreckung nicht zur Befriedigung geführt haben würde (RG. 87, 3, 4 [1])), so ist dieser Nachweis der materiellen Befriedigungsunmöglichkeit erfüllt, wenn ein Schuldner Vermögensgegenstände durch Beiseiteschaffung der Vollstreckung entzieht. Dieser Nachweis materieller Befriedigungsunmöglichkeit ist auch soweit als geführt anzusehen, als dem Urteil die örtliche Vollstreckbarkeit versagt ist, denn Zweck des AnfG. ist der Schutz des Gläubigers auch gegen ein Verhalten des Schuldners, das noch nicht die Erfordernisse des § 288 StGB., §§ 823, 826 BGB. erfüllt.

Die Ansicht des RG., es lasse sich nicht sagen, daß eine unerlaubte Handlung von vornherein aus dem vom BG. angegebenen Grunde ausscheide, zeigt, daß auch hier eine dem deutschen Volksempfinden und dem deutschen Rechtsbewußtsein näher gekommene Rspr. einen erfreulichen Schritt auf dem Gebiete der „Rechtsfindung" i. S. nordischen Gemeinschaftsgefühls vorwärtsgeschritten ist. Eine anfechtbare Rechtshandlung braucht an sich nicht schon eine unerlaubte, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung darzustellen (RG. 74, 225 [2])); sie wird aber zu einer unerlaubten Handlung, wenn sie im Einzelfalle über den bloßen Anfechtungstatbestand hinausgeht. Kennzeichnet das RG. die abwegige Begr. des BG. als Fehlurteil, nach der der Tatbestand der unerlaubten Handlung i. S. von §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. schon deshalb entfalle, weil der Kl. nicht das Recht zustehe, sich gerade aus dem in Deutschland befindlichen Vermögen der Schuldnerin zu befriedigen, und daß die Kl. die Vollstreckung zunächst in USA. habe betreiben müssen, so ist solche Stellungnahme des BG. als volksfremd und nicht dem natürlichen Empfinden nordischer Rasse entsprechend zu bezeichnen. Was soll der Kl. das Urteil eines deutschen Gerichtes, wenn ihr zu gleicher Zeit ein anderes deutsches Gericht verwehrt, aus diesem Urteil in Vermögenswerte einer ausländischen Schuldnerin innerhalb des deutschen Staatshoheitsgebietes zu vollstrecken? — Denn auf etwas anderes läuft die Abweisung des Anfechtungsanspruches mit den Gründen des BG. nicht hinaus, weil die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches nur bezweckt, die Bekl. zu veranlassen, die Vollstreckung in den an sie veräußerten Geschäftsanteil so zu dulden, als ob dieser Geschäftsanteil noch im Vermögen der Schuldnerin befindlich wäre.

Man kann in Tatbeständen vorliegender Art unbedenklich zu dem Ergebnis gelangen, daß eine unerlaubte Handlung immer dann als vorliegend anzusehen ist, wenn die Vereitelung der Vollstreckung durch Veräußerung des gesamten inländischen Vermögens an einen Dritten erfolgt, der sich in einem Staate aufhält, dessen Hoheitsträger das Urteil eines deutschen Gerichtes nicht als vollstreckungsfähigen Titel anerkennt. Nach deutschem Rechtsempfinden sind Rechtssätze Grundlagen menschlichen Gemeinschaftslebens. Für jeden Volksgenossen besteht die allgemeine Rechtspflicht zum Gehorsam gegenüber dem Gesetz und dem auf deutsches Gesetz gegründeten Richterspruch. Jeder andere hat innerhalb der deutschen Grenzen die gleiche Verpflichtung; für die Innehaltung dieser Verpflichtung haftet jeder Vermögensgegenstand, der Rechtsgut des deutschen Volkes ist. Die Vollstreckung ist staatliche Zwangsanwendung, also reine Staatshoheitssache. Die Staatshoheit erfaßt das gesamte Rechtsgut des deutschen Volkes, d. h. alles, was innerhalb der deutschen Grenzen an greifbaren Vermögenswerten liegt, ohne Rücksicht auf das Eigentum an diesen Vermögenswerten i. S. der §§ 903 ff. BGB. Wenn innerhalb der deutschen Volksgemeinschaft dem einzelnen Gläubiger der persönliche Zugriff in das Vermögen seines Schuldners verwehrt ist, dieser Zugriff nur durch Vermittlung des Staates erlaubt ist, mithin der Staat dem einzelnen Gläubiger gegenüber die Gewähr zur Durchsetzung der Gläubigerrechte übernimmt, muß insoweit dem Staate, d. h. der Gesamtheit der Volksgemeinschaft, das unbedingte Recht zugestanden werden, die in seinem Staatshoheitsgebiet liegenden Vermögenswerte als das ihm anvertraute Rechtsgut des deutschen Volkes erfassen zu können, damit eine Entfernung dieses Rechtsgutes außerhalb seines Staatshoheitsgebietes unterbleibt. Die Kl. wäre berechtigt gewesen, gegen die Schuldnerin eine nach §§ 917 Abs. 2, 938 ZPO. begründete EinstwVfg. zur Sicherung ihres Anfechtungsanspruches dahin zu erwirken, daß der Schuldnerin die Veräußerung des Geschäftsanteils verboten würde. Die Unterlassung dieser Sicherung kann die Entfremdung des Geschäftsanteils nicht zu einer berechtigten machen, und zwar um so weniger, als vorliegend das aus der Abtretung des Geschäftsanteils erkennbare Verhalten der Schuldnerin darauf abzielt, den innerhalb der deutschen Grenzen liegenden Vermögenswert der der Vollstreckung innewohnenden staatshoheitsrechtlichen Gewalt zu entziehen. Die Schuldnerin haftet mit ihren innerhalb der deutschen Grenzen liegenden Vermögenswerten der deutschen Volksgemeinschaft für die Erfüllung ihrer Pflicht zum Gehorsam gegenüber dem deutschen Richterspruch. Der Inhalt dieser Gehorsamspflicht geht dahin, alles zu unterlassen, was dem Ausfluß der Staatshoheit entgegensteht. Der in der Vollstreckungshandlung liegende staatliche Schutz ist illusorisch gemacht, wenn der einzige greifbare Vermögensgegenstand der Schuldnerin innerhalb der deutschen Grenzen durch die an die Bekl. erfolgte Veräußerung der Machtbefugnis des Staates entzogen wäre. Darum ist die Veräußerung des inländischen Vermögens der Schuldnerin grundsätzlich als unerlaubte Handlung anzusehen, wenn und weil in ihr der Versuch der Vollstreckungsvereitelung in dieses Vermögensstück liegt. Verletzt ist die allgemeine Rechtspflicht, die jedem Schuldner obliegt, dem deutschen Gläubiger innerhalb der deutschen Grenzen den im Wege der Vollstreckung zu duldenden Zugriff nicht zu vereiteln; in dieser Verletzung liegt die Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal der unerlaubten Handlung nach §§ 823 ff. BGB.

RA. Dr. Wilhelmy, Köln.

[1]) JW. 1915, 510.
[2]) JW. 1910, 939.

die behauptete Vermögensverschiebung setzt nicht voraus, daß sie gerade ein Recht auf das erwähnte Zugriffsobjekt hätte haben müssen. Wurde der Kl. durch die Übertragung des Anteils auf die Bekl. die einzige Möglichkeit, im Inland zu ihrem Gelde zu kommen, entzogen, so ist es Frage der tatsächlichen Umstände, ob darin der Tatbestand einer unerlaubten Handlung zu erblicken ist, es läßt sich aber nicht sagen, daß von vornherein eine solche aus dem von der Vorinstanz angegebenen Grunde ausscheide.

(U. v. 23. Nov. 1934; VII 200/34. — Dresden.) [H.]

10. § 304 ZPO.; § 312 HGB. Die Frage, ob die Erlassung eines Grundurteils zulässig war, ist vom Revisionsgericht nicht von Amts wegen zu entscheiden. Das absichtliche Handeln i. S. des § 312 HGB. umfaßt auch den bedingten Vorsatz. Der Abschluß eines gewagten Geschäftes fällt aber erst dann darunter, wenn das Gesellschaftsorgan bewußt gegen die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns verstoßen hat.

Der Bekl. ist Verwalter im Konkurse über das Vermögen der Agepa; der Konkurs ist am 15. Okt. 1931 eröffnet worden. Die Agepa ist am 11. April 1923 von Friedrich H. mit einem Kapital von 4 Mill. PM. begründet worden, am 30. Jan. 1925 ist sie auf 320000 GM. umgestellt worden. Gegenstand des Unternehmens war die Fabrikation, der Einkauf und der Vertrieb aller mit der Papier-, Schreibwaren- und Bürobedarfsartikelindustrie in Zusammenhang stehenden Gegenstände und der Abschluß aller damit in Zusammenhang stehenden Handelsgeschäfte einschließlich der Rohstoffe.

Bei der Kl., der DVB., wurden seit 1926 von H., welcher zuletzt alleiniger Vorstand der Agepa war und in dessen Hand sich der größte Teil der Aktien befand, auf das Konto der Agepa Effektengeschäfte in erheblichem Umfange getätigt. Genossin der DVB. war seit dem 1. Okt. 1925 nur die Agepa; erst später wurde auch H. Genosse. Die Kl. hat der Agepa einen Kontokorrentkredit, einen Wechselkredit und einen Avalkredit gewährt. H. hat bei ihr Effekten deponiert; nach § 12 ihrer Geschäftsbedingungen haften diese Effekten „als Pfand für alle bestehenden und künftigen Forderungen gegen ihn und seine Firma". Im Konkursverfahren hat die Kl. ihr Recht zur abgesonderten Befriedigung aus den hinterlegten Wertpapieren geltend gemacht. Der Bekl. hat dies Recht nur für den Fall bestritten, daß die Forderungen der Kl. nicht zu Recht beständen. Er hat ausgeführt:

Die zur Konkurstabelle angemeldeten Forderungen würden nach Grund und Höhe bestritten. Sie betrafen überhaupt nicht die Agepa, sondern H. persönlich; er habe für seine Person die umfangreichen Spekulationsgeschäfte mit der Kl., aus denen die Forderungen herrührten, getätigt. Aber wenn auch anzunehmen sein sollte, daß die Agepa als Vertragsgegnerin bei diesen Geschäften anzusehen sei, würden Ansprüche der Kl. nicht begründet sein. H. habe pflichtwidrig gehandelt, wenn er im Namen der Agepa solche umfangreiche Spekulationen, die völlig außerhalb des Geschäftszweckes der AktG. gelegen hätten, abgeschlossen habe. Bei dieser Pflichtwidrigkeit hätten die Vorstandsmitglieder der Kl. bewußt und gewollt zum Nachteil der Agepa in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise mitgewirkt. Aus diesen Geschäften, die nichtig seien, könnten keine Ansprüche gegen die Agepa hergeleitet werden; jedenfalls sei die Kl. der Agepa zum Schadensersatz verpflichtet, mit den daraus sich ergebenden Forderungen werde gegen die Klagforderung aufgerechnet.

Das LG. hat darauf erkannt:

I. Die von der Kl. in dem Konkursverfahren der Agepa angemeldeten Forderungen werden dem Grunde nach als Konkursforderungen festgestellt.

II. Unter Vorbehalt der Feststellung der Höhe der hier zu deckenden Forderungen wird festgestellt, daß der Kl. ein Recht zur abgesonderten Befriedigung außerhalb des Konkursverfahrens an den nachfolgenden Wertpapieren (folgt Angabe) zusteht.

Der Bekl. hat ohne Erfolg Berufung eingelegt.

Auch die Rev. wurde zurückgewiesen.

Gegen die Zulässigkeit eines Grundurteils wie unter I bestehen erhebliche verfahrensrechtliche Bedenken. Zwar nicht deswegen, weil es sich um eine Feststellungsklage handelt; der mit der bezifferten Feststellungsklage erhobene Anspruch kann anerkanntermaßen dem Grunde nach für berechtigt erklärt werden. Aber die hier geltend gemachten Forderungen beruhen — zum mindesten überwiegend — auf einem anerkannten Saldo aus dem Kontokorrentverkehr. Der Saldo ist, unbeschadet seiner rechtlichen Selbständigkeit, immer das Ergebnis der Verrechnung der einzelnen Kontokorrentposten. Die Frage nach dem Saldo, d. h. die Frage, ob für die eine oder andere Vertragspartei ein Überschuß herauskommt, läßt sich nicht anders als die Frage nach der Höhe eines solchen Überschusses nur lösen, wenn die einzelnen Posten nach Grund und Betrag geprüft und festgestellt werden. Es ist daher mindestens zweifelhaft, ob es überhaupt einen Sinn hat oder auch nur möglich ist, auszusprechen, daß ein Überschuß für eine Partei bestehe, dessen Höhe aber im ungewissen zu lassen. Jedenfalls wird dadurch für das nachfolgende Betragsverfahren nichts erspart, da in ihm jeder beanstandete Posten doch wieder neu geprüft werden muß, und es bleibt völlig ungewiß, was Gegenstand der Rechtskraft eines solchen Urt. ist. Indessen braucht auf diese Bedenken nur hingewiesen zu werden. Eine verfahrensrechtliche Rüge ist dieserhalb nicht erhoben worden. Von Amts wegen ist aber nicht zu prüfen, ob ein Urt. nach § 304 ZPO. — dessen Erlaß vom BG. ohne Zweifel beabsichtigt worden ist und das auch der Form nach vorliegt — nach der Prozeßlage hätte erlassen werden dürfen (RG. 75, 19[1]; 85, 217[2]). Aus gleichen Gründen braucht auch nicht untersucht zu werden, ob gegen den Erlaß eines Urt., wie es in II des Spruches des LG. enthalten ist, verfahrensrechtliche Bedenken erhoben werden könnten.

Das BG. ist in Übereinstimmung mit dem LG. zu dem Ergebnis gelangt, daß durch die dem Klaganspruch zugrunde liegenden Geschäfte die Agepa und nicht H. persönlich verpflichtet worden ist.

Im übrigen geht der BerR. zutreffend davon aus, daß die Agepa alle Rechtshandlungen gegen sich gelten lassen müsse, die H. als vertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied in ihrem Namen vorgenommen habe, auch wenn ihm — was aber nicht festgestellt wird — durch Gesellschaftsvertrag oder Beschlüsse der Generalversammlung im Innenverhältnis Beschränkungen auferlegt worden wären, und daß anderes nur zu gelten habe, wenn H. absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt und die Vertreter der Kl. dabei wissentlich mitgewirkt hätten: Der BerR. hat weiter ausgeführt, daß zwar zum Begriff der Absicht i. S. des § 312 HGB. es genüge, wenn H. mit bedingtem Vorsatz gehandelt hätte, wenn er sich also eine nachteilige Wirkung seines Handelns für die Gesellschaft als möglich vorgestellt und sie für den Fall ihres Eintretens innerlich gebilligt und in seinen Willen aufgenommen hätte. Daß aber diese Voraussetzung gegeben sei, hat der Vorderrichter in eingehenden Ausführungen verneint. Ein beachtlicher Rechtsirrtum tritt dabei nicht zutage. Auch wenn man die im Schrifttum mehrfach bekämpfte Ansicht des RG. zugrunde legt, daß das absichtliche Handeln i. S. des § 312 HGB. den bedingten Vorsatz mitumfaßt, so ist doch soviel sicher und allgemein anerkannt, daß die Vornahme eines Geschäftes, welches seiner Natur nach sowohl Gewinn als Verlust bringen kann, wegen dieser letzteren Eigenschaft nicht schon an sich unzulässig und strafbar sein kann. Da viele ordnungsmäßige Handelsgeschäfte ein solches Risiko in sich tragen, so würde das bedeuten, daß der Gesetzgeber die Vorstandsmitglieder einer AktG. und deren sonstige Vertreter in unerträglicher Weise in ihrer Bewegungsfreiheit beschränkt hätte. Das kann natürlich nicht der Sinn der betreffenden Vorschr. sein (vgl. auch RG. 129, 275[3])). Man muß hier eine Abgrenzung vornehmen. Es ist zu erwägen: Wenn ein Vorstandsmitglied durch Eingehung eines riskanten Geschäftes die Gesellschaft schädigt, so wird ihm die als

[1]) JW. 1911, 162. [2]) JW. 1914, 986. [3]) JW. 1931, 794.

möglich vorausgesehene Schädigung zum bedingten Vorsatz zugerechnet werden dürfen, wenn er bewußt gegen die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns verstoßen hat; in solchem Falle wird von einer Einwilligung in den Erfolg gesprochen werden können.

Das BG. hat auch offenbar den Sachverhalt nach diesem Grundsatze, den es allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochen hat, geprüft. Es hat ausdrücklich festgestellt, daß H., der früher Bankdirektor gewesen ist und seit 1911 Effektengeschäfte getätigt hat, also große Erfahrung auf diesem Gebiet besaß, von vornherein vorsichtig vorgegangen ist und nur allererste Papiere gekauft hat, bei denen nach menschlichem Ermessen ein Risiko auf ein Minimum beschränkt war. Damit ist im Beihalt der sonstigen Ausführungen des BG. gesagt, daß H. innerhalb des Rahmens seiner Spekulation mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vorgegangen ist. Der Vorderrichter hat es auch mit Recht abgelehnt, schon daraus etwas gegen H. herzuleiten, daß Effektengeschäfte nicht innerhalb des Geschäftsrahmens der Agepa gelegen haben. Wollte man das Gegenteil annehmen, so müßte man auch jeden Privatmann, der Papiere nicht nur als Anlagewerte kauft, des Leichtsinnes zeihen und jede nicht berufsmäßige Spekulation als unzulässig ansehen; damit würde man aber den gegebenen Verhältnissen nicht gerecht. Das BG. hat übrigens auch festgestellt, daß Effektenspekulationen zu der in Frage kommenden Zeit auch sonst von AktG. vorgenommen wurden. Sonstige Umstände, welche das Verhalten des H. als bewußten Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erscheinen lassen könnten, sind nicht zutage getreten. Insbes. hat der Vorderrichter nicht festgestellt, daß die Höhe der von H. eingegangenen Verpflichtungen im Mißverhältnis zu den Mitteln der Agepa gestanden habe. Andererseits hat das BG. hervorgehoben, daß die betreffenden Effektengeschäfte im Jahre 1926 einen nicht unerheblichen Gewinn gebracht hätten, und daß hierin erst der sog. schwarze Freitag (13. Mai 1927) einen auch für die Kenner des deutschen Wirtschaftslebens in ihrem Ausmaß unvorhersehbaren plötzlichen Umschwung gebracht hätte. Der hierauf von H. beschrittene Weg des Durchhaltens sei damals von sachkundigen Personen für richtig gehalten.

(U. v. 6. Okt. 1934; I 116/34. — Darmstadt.) [K.]

---

b) Strafsachen

Berichtet von Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin und Generalstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden

1. Gewohnheitsverbrechergesetz

11. GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933. Die Erwägung, es müsse durch die Sicherungsverwahrung verhindert werden, daß Menschen mit Neigung zu Verbrechen eine Ehe eingingen, geht über die Ziele hinaus, die daß Gesetz mit der Sicherungsverwahrung verfolgt. Sie soll nur dazu dienen, die Allgemeinheit vor weiteren Straftaten des Verurteilten selbst zu sichern.

(4. Sen. v. 28. Sept. 1934; 4 D 648/34.) [L.]

12. Art. 5 GewohnhVerbrG.; § 42e StGB. Der Umstand, daß eine — gesetzlich erlaubte — Eheschließung des Verurteilten vom Standpunkt des Volkswohls aus unerwünscht ist, muß außer Betracht bleiben bei der Prüfung der Frage, ob die Anordnung der Sicherungsverwahrung erforderlich ist. Mit der Sicherungsverwahrung verfolgt das Gesetz das Ziel, die Allgemeinheit vor weiteren Straftaten des Verurteilten zu bewahren (4 D 648/34 v. 28. Sept. 1934. Unter diesem Gesichtspunkt muß die Eheschließung gewürdigt werden.

Das angefochtene Urteil muß schon deswegen aufgehoben werden, weil es die Frage, ob die Sicherungsverwahrung im Interesse der öffentlichen Sicherheit erforderlich ist, rechtlich nicht einwandfrei beurteilt hat. Der Angekl. hatte geltend gemacht, daß eine Wiederholungsgefahr nicht bestehe, weil er die ernste Absicht habe, sich zu verheiraten. Dazu äußert sich die StrK. dahin, dieser Umstand vermöge sie nicht von der Anordnung der Sicherungsverwahrung abzuhalten; Ehen solcher Menschen, wie der Angeklagte, seien vom Standpunkt des Volkswohls aus nicht erwünscht; der Angeklagte erscheine bei seiner erblichen Belastung und seiner verbrecherischen Vergangenheit nicht geeignet, Familienvater und Erzieher der zwei von ihm in die Welt gesetzten Kinder seiner Braut zu werden. Diese Ausführungen des LG. enthalten unverkennbar einen gesunden Gedanken. Aber sie liegen nicht auf dem Gebiet, das dem Strafrichter durch das GewohnhVerbrG. zugewiesen wird, gehen vielmehr, wie bereits das RG. 4 D 648/34[1]) in einem ähnlichen Falle ausgesprochen hat, über die Ziele hinaus, die das Gesetz mit der Sicherungsverwahrung verfolgt. Diese soll dazu dienen, die Allgemeinheit vor weiteren Straftaten des Verurteilten selbst zu sichern. Die StrK. hätte also prüfen müssen, ob die Eheschließung des Angekl., deren gesetzliche Unzulässigkeit nicht festgestellt und auch nicht erkennbar ist, geeignet sein würde, in Zukunft weitere Rechtsbrüche des Angekl., und zwar solche erheblicher Art, aller Voraussicht nach zu verhüten. Über diese hier allein entscheidende Frage äußert sie sich im Urteil nicht.

(1. Sen. v. 27. Nov. 1934; 1 D 1228/34.) [Hn.]

13. Art. 5 Nr. 1 und 2 GewohnhVerbrG.; § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO. Wenn vor dem 1. Jan. 1934 zwei Urteile gegen den Angekl. ergangen sind und gemäß der hierauf beschränkten Rev. des Angekl. das zweite Urteil lediglich deshalb aufgehoben wurde, weil unterlassen worden war, nach § 79 StGB. eine Gesamtstrafe zu bilden, so kann in dem nunmehr i. J. 1934 ergehenden, eine Gesamtstrafe aussprechenden neuen Urteil zugleich die Sicherungsverwahrung angeordnet werden.†)

Die Rev. des Angekl. ist auf den Ausspruch der Sicherungsverwahrung beschränkt.

1. Hier ist die erste Frage, ob in dem anhängigen Verfahren die Anordnung nach den Bestimmungen des GewohnhVerbrG. überhaupt in Frage kommen konnte.

Durch das Urt. v. 27. Jan. 1933 war der Angekl. zu drei Jahren Zuchthaus verurteilt worden. Das Urt. wurde rechtskräftig. Das weitere Urt. v. 28. Juni 1933 sprach eine Zuchthausstrafe von zwei Jahren aus. Gegen dieses Urt. hat der Angekl. lediglich deshalb Rev. eingelegt, weil das LG. unterlassen hatte, eine Gesamtstrafe zu bilden. Auch dieses Urt. ist also im übrigen rechtskräftig geworden, zum Schuldausspruch überhaupt, und zum Strafausspruch mit der Beschränkung darauf, daß die auf diese Handlung treffende Strafe künftig weder erhöht noch herabgesetzt werden konnte, wobei aber die Rev. gerade darauf abzielte, daß schließlich, durch den ver-

---

[1]) Vgl. vorstehende Entsch. Nr. 11.

Zu 13. Das RG. setzt sich in obiger Entsch. mit Bedenken auseinander, die gegen die Anwendung des Art. 5 Ziff. 1 GewohnhVerbrG. dann eingewendet werden könnten, wenn das frühere, vom Angekl. nur wegen der unterlassenen Gesamtstrafbildung angefochtene, im Jahre 1933 ergangene Urt. wegen dieser beschränkten Anfechtung in der Hauptsache in Rechtskraft übergegangen war und nach Aufhebung dieses Urt. in der RevInst. die StrK. im Jahre 1934 in der erneuten Hauptverhandlung nunmehr Sicherungsverwahrung angeordnet.

Insoweit diese Bedenken aus § 358 Abs. 2 StPO. (Verbot der reformatio in peius) hergeleitet werden könnten, schließt sich das RG. früheren Entsch. an, die die reformatio in peius dann für zulässig erklären, wenn das frühere, von dem Angekl. angefochtene Urt. vor dem 1. Jan. 1934 ergangen ist. Insoweit sei insbes. auf die in JW. 1935, 294[21] veröffentlichte Entsch. und die Anm. des Verf. hierzu verwiesen.

Insoweit die Bedenken daraus hergeleitet werden könnten, daß

langten Ausspruch einer Gesamtstrafe, die im Urt. v. 28. Juni 1933 verhängte Einzelstrafe ebenso wie die rechtskräftig ausgesprochene v. 27. Jan. 1933 nicht bestehen bleiben, sondern wegfallen sollte. Das Urt. v. 28. Juni 1933 ist sodann vom RG. nur deshalb aufgehoben worden, weil keine Gesamtstrafe gebildet worden war, und die Sache nur in diesem Umfang an das LG. zurückverwiesen worden. Nunmehr ist, am 4. Juli 1934, also nachdem inzwischen das GewohnhVerbrG. in Kraft getreten war, eine Gesamtstrafe von vier Jahren Zuchthaus gebildet, jetzt aber zugleich die Sicherungsverwahrung gemäß den §§ 20a, 42a StGB. angeordnet worden, ersichtlich i. Verb. m. Art. 5 Nr. 1 GewohnhVerbrG., wenn auch diese Bestimmung nicht besonders erwähnt ist.

Die Zulässigkeit der Anordnung könnte aus mehrfachen Gründen zu verneinen sein: weil beide genannten Urt. von 1933 in dem angegebenen Sinne bereits rechtskräftig geworden waren, und weil das LG. mit der nach dem 31. Dez. 1933 geschehenen Behandlung der Sache nur auf die vom Angekl. gegen das Urt. v. 28. Juni 1933 eingelegte Rev. befaßt worden ist. Indessen führen beide Umstände nicht zu der Annahme, daß die Androhung im gegenwärtigen Verfahren unzulässig wäre.

a) Der nachträgliche Ausspruch einer Gesamtstrafe hat die Wirkung, daß die zunächst uneingeschränkt auch zum Strafausspruch eingetretene Rechtskraft des Urt. v. 27. Jan. 1933 und der Ausspruch der Strafe als einer Einzelstrafe wegfiel und an ihre Stelle, wie an die Stelle des angefochtenen Ausspruchs der Einzelstrafe des Urt. v. 28. Juni 1933, nunmehr eine die beiden Handlungen gemeinsam abgeltende Gesamtstrafe trat. Durch ein in dieser Weise der Bildung einer Gesamtstrafe geltendes Verfahren wird nunmehr erst die den Angekl. für die Mehrheit seiner Handlungen einheitlich treffende Strafe maßgebend verhängt. Ein solches Verfahren ist ja auch keineswegs darauf beschränkt, nun lediglich aus den in ihrer Höhe unabänderlich bestimmten Einzelstrafen rein zahlenmäßig eine Gesamtstrafe zu bilden, sondern das die Gesamtstrafe bestimmende Gericht hat, eben für die Bemessung der Gesamtstrafe, auch wieder die mehreren Handlungen nach ihrer ganzen Art und die Persönlichkeit des Täters zu würdigen. Es kann daher kein Bedenken gegen die Auffassung bestehen, daß das zur Bestimmung der Gesamtstrafe berufene Gericht die früher begangenen Taten „abzuurteilen hat", auch wenn nur in dem angegebenen beschränkten Umfange. Danach muß die Voraussetzung des Art. 5 Nr. 1 GewohnhVerbrG. als gegeben angesehen werden, und es wäre demnach die Anordnung zunächst dann als zulässig anzuerkennen, wenn die Rev. gegen das Urt. v. 28. Juni 1933 von der StA. (zuungunsten des Angekl.) eingelegt gewesen wäre.

b) Dasselbe muß bei einer vom Angekl. (oder zu seinen Gunsten von der StA.) eingelegten Rev. gelten, sofern nicht § 358 Abs. 2 StPO. in seiner jetzigen Fassung entgegensteht, die ja nicht auch für die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorsieht, daß dem Richter die Rechtskraft des Urt. nicht entgegenstehen solle.

Bei der Prüfung der Frage des § 358 Abs. 2 StPO. spielt die unter a erörterte Frage keine Rolle mehr, und sie ist hier nicht anders zu beurteilen, als wenn der Angekl. die Rev. gegen den ganzen Strafausspruch des Urt. v. 28. Juni 1933 oder gegen dieses Urt. unbeschränkt eingelegt hätte.

Zu verwandten Rechtslagen hat das RG. schon wiederholt Gelegenheit gehabt, Stellung zu nehmen. Zuletzt mit dem Urt. des 4. StrSen. v. 20. Nov. 1934, 4 D 644/34 = JW. 1935, 294[21]. Dieses geht davon aus, daß § 358 Abs. 2 StPO. eine einseitige, nur zugunsten des Angekl. wirksame, beschränkte Rechtskraft bestimmt (RGSt. 67, 64[1])), und kommt zu dem Ergebnis, daß eine Anordnung nach Art. 5 Nr. 1 auch dann zulässig ist, wenn ein vor dem 1. Jan. 1934 ergangenes Urt. nur auf Rev. des Angekl. aufgehoben worden ist, daß also nunmehr das nach dem 31. Dez. 1933 ergehende neue Urt. die Sicherungsverwahrung anordnen kann, wogegen aus dem § 358 Abs. 2 Satz 2 folgt, daß in einer auf Rev. des Angekl. notwendig gewordenen neuen Verhandlung die Sicherungsverwahrung dann nicht verhängt werden kann, wenn das frühere, von dem Angekl. angef. Urt. nach dem 31. Dez. 1933 ergangen ist, also in einem Zeitpunkt, wo das Gericht bereits die Möglichkeit gehabt hätte, die Sicherungsverwahrung anzuordnen.

c) Auch der erk. Sen. ist, wie schon im Urteil vom 30. Nov. 1934 unten S. 535[30] ausgesprochen, dieser Auffassung, und es mag zur weiteren Bekräftigung dessen, daß weder der unter a noch der unter b erörterte Gesichtspunkt der Zulässigkeit der Maßnahme entgegenstehen könne, nur noch darauf hingewiesen werden, daß sich aus der gegenteiligen Auffassung eine unerträgliche Folge ergäbe.

Solange das jetzt angef. Urt. noch nicht ergangen war, hatte der Strafvollzug aus dem Urt. v. 27. Jan. oder aus dem v. 28. Juni 1933 eingeleitet werden können, und der Angekl. konnte sich daher „nach dem 1. Jan. 1934" (richtig nach dem 31. Dez. 1933, RGSt. 68, 194[2])) in Strafverbüßung befinden und dann war die Möglichkeit gegeben, das Verfahren nach Art. 5 Nr. 2 einzuleiten. Das ist, vermutlich wegen der beim Inkrafttreten des GewohnhVerbrG. schwebenden Rev. des Angekl. und nachher wegen des Weitergangs des ordentlichen Verfahrens unterblieben. Jedenfalls ist aber jenes Verfahren jetzt, nach der Erlassung des Urt. v. 4. Juli 1934, nicht mehr zulässig. Denn nunmehr sind die beiden Einzelstrafen ihrer Selbständigkeit entkleidet, aus den sie verhängenden Urt. gibt es keine Strafverbüßung mehr, Strafe wird vielmehr jetzt ausschließlich aus dem die Gesamtstrafe verfügenden Urt. vollstreckt, das nicht vor dem 1. Jan. 1934 ergangen ist. Daß bei einer durch Urt. oder Beschl. geschehenen nachträglichen Zusammenziehung von Einzelstrafen in eine Gesamtstrafe als eine Verurteilung i. S. des Art. 5 Nr. 2 nur die Gesamtstrafe aussprechende Entsch. gilt, ist durch Urt. des 3. StrSen. v. 11. Juli 1934, 3 D 623/34, ausgesprochen worden, hier für die zwei in der Nr. 2 vorausgesetzten früheren rechtskräftigen Verurteilungen; dasselbe gilt aber nach dem Ausgeführten auch für dasjenige Urt., aus dem nach dem 31. Dez. 1933 eine Strafe verbüßt wird. Eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsmaßnahme wäre also bei dieser Sachlage jetzt nicht mehr möglich.

Nun ließe sich allerdings sagen, daß dann eben die Gelegenheit versäumt worden wäre, die vor der Erlassung des Urt. v. 4. Juli 1934 tatsächlich bestanden hat. Dieser Einwand würde aber nicht durchgreifen. Für die Beurteilung der Frage mag der Fall angenommen werden, daß es sich nicht wie hier um Zuchthausstrafen von drei und von zwei Jahren gehandelt hätte, von denen jede einzelne als Grundlage der Maßnahme dienen konnte, sondern etwa um zwei Gefängnisstrafen von vier und vier Monaten, und daß die nunmehr ausgesprochene Gesamtstrafe sechs Monate betrüge. Dann wäre zunächst, nämlich vor dem Ausspruch der Gesamtstrafe,

---

das angefochtene, vor dem 1. Jan. 1934 ergangene Urt. in der Hauptsache in Rechtskraft übergegangen und auch das weitere für die Gesamtstrafbildung in Betracht kommende Urt. rechtskräftig war, weist das RG. darauf hin, daß die in der erneuten Hauptverhandlung im Jahre 1934 in Gemäßheit des RevUrt. vorzunehmende Gesamtstrafbildung hinsichtlich der Strafbemessung doch wieder die Täterpersönlichkeit berücksichtigen muß, demnach die Tat — ebenso wie die dem weiteren für die Gesamtstrafbildung in Frage kommenden Urt. zugrunde liegende Tat — „abzuurteilen" ist (Art. 5 Ziff. 1 GewohnhVerbrG.).

Gegen diese Erwägungen des RG. läßt sich einwenden, daß es nicht Aufgabe der die Gesamtstrafe festsetzenden Entsch. ist, weitgehend die Täterpersönlichkeit und die Art der Straftaten zu berücksichtigen. Die der Gesamtstrafe zugrunde liegenden Einzelstrafen bleiben rechtskräftig bestehen, der die Gesamtstrafe festsetzende Richter entscheidet lediglich „über die Modalitäten der Vollstreckung" der Einzelstrafen (Ebermayer-Lobe, 1933, N. 1 zu § 79 StGB.; RG. 6, 285). Man wird demnach kaum davon sprechen können, daß der Richter bei Festsetzung der Gesamtstrafe eine „Tat abzuurteilen hat" (§ 5 Ziff. 1 GewohnhVerbrG.).

Gleichwohl ist der Entsch., die, wie das vom RG. unter c Abs. 3 angeführte Beispiel ergibt, praktischen Bedürfnissen Rechnung trägt und dem Willen des Gesetzgebers entspricht, im Ergebnis beizupflichten.

StAR. Dr. Richter, Berlin.

¹) JW. 1933, 1028. ²) JW. 1934, 2410.

das Verfahren nach Art. 5 Nr. 2 auch dann nicht möglich gewesen, wenn sich der Angekl. auf Grund eines der beiden Urt. in Strafverbüßung befand; nunmehr aber, nachdem das Gesamtstrafenurteil erst diese Voraussetzung des Art. 5 Nr. 2, nämlich eine Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten, schuf, würde es an der im Art. 5 Nr. 2 aufgestellten anderen Voraussetzung fehlen, daß das die Strafe von sechs Monaten aussprechende Urt. vor dem 1. Jan. 1934 ergangen wäre. Eine solche Lücke, wegen deren dem Verurteilten erst nochmal Gelegenheit gegeben werden mußte, durch eine neue strafbare Handlung die Voraussetzungen für seine Sicherungsverwahrung zu schaffen, wäre im Rahmen der vom Gesetzgeber gewollten Sicherung der Allgemeinheit vor gefährlichen Gewohnheitsverbrechern unverständlich. Wird aber aus dieser unannehmbaren Folgerung für den angenommenen Fall die unter a und b dargelegte Auffassung gekräftigt, daß es zulässig sein müsse, in dem nur noch auf die Bildung einer Gesamtstrafe gerichteten Verfahren die Sicherungsmaßnahme anzuordnen, so kann es grundsätzlich auch nicht anders liegen in dem hier gegebenen Fall.

2. Es wäre also gegen die Zulässigkeit der angeordneten Maßnahme an sich nichts einzuwenden. Indessen kann der Ausspruch der Sicherungsverwahrung schon deshalb nicht bestehen bleiben, weil aus dem Urt. nicht ersichtlich ist, ob das LG. geprüft hat, wann die am 5. März 1932 abgeurteilte Tat begangen wurde, während allerdings aus den vom RevG. heranzuziehenden Urt. v. 27. Jan. und v. 28. Juni 1933 entnommen werden kann, wann die damals abgeurteilten Handlungen verübt worden sind. Von der Feststellung jener Zeitpunkte aber hängt es ab, ob die Maßnahme verhängt werden durfte (RGSt. 68, 151, 152[3]). Der Zweifel, ob jene Voraussetzungen vorliegen, erhebt sich gerade hier, da zwischen dem Eintritt der Rechtskraft des Urt. v. 8. Dez. 1931 und dem Urt. v. 5. März 1932 nur eine kurze Zeitspanne lag und eine Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß der Angekl. damals in Haft war.

Es besteht noch Anlaß, darauf hinzuweisen, daß auch im übrigen die Darlegungen des angef. Urt. nicht ausreichen. Bezüglich der Urt. v. 8. Dez. 1931 und v. 5. März 1932 wird nicht einmal gesagt, um welche Art von Vergehen es sich dabei gehandelt hat. Wenn ferner das Urt. davon spricht, daß die Art, in der der Angekl. seine Straftaten begangen habe, von der Gefährlichkeit seiner verbrecherischen Neigung zeuge, so durfte nicht unterlassen werden, diese „Art der Begehung" näher darzulegen. Auch zu diesen Punkten sowie sonst im allgemeinen wird das LG. die Ausführungen in RGSt. 68, 149[4]) zu beachten haben.

(1. Sen. v. 11. Dez. 1934; 1 D 1148/34.) [Hn.]

14. Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. Besteht die Verurteilung, auf Grund deren der Angekl. nach dem 1. Jan. 1934 eine Freiheitsstrafe verbüßt hat, in einem Beschluß, durch den aus vier Freiheitsstrafen, darunter einer Zuchthausstrafe von zwei Jahren, eine Gesamtstrafe von zwei Jahren neun Monaten Zuchthaus gebildet worden ist und würde der Angekl., wenn er nur die zweijährige Zuchthausstrafe zu verbüßen gehabt hätte, schon vor dem 1. Jan. 1934 aus der Strafhaft entlassen worden sein, so brauchen trotzdem die Taten, wegen deren die übrigen in der Gesamtstrafe enthaltenen Strafen erkannt worden sind, weder ein Anzeichen für die Eigenschaft des Angekl. als eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers zu bilden noch je mit mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe geahndet worden zu sein.

Die tatsächlichen Feststellungen reichen nicht aus, die Anwendung des Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. zu begründen. Zunächst fehlt eine Angabe darüber, ob der Angekl. die am 22. Jan. 1932 erkannte Zuchthausstrafe noch nach dem 1. Jan. 1934 verbüßt hat. Ferner genügen die Feststellungen nicht, dem RevG. die Prüfung zu ermöglichen, ob die StrK. die Gesamtwürdigung der maßgebenden drei Taten rechtsirrtumsfrei vorgenommen hat. Während sie für die erste Tat — den schweren Raub — wenigstens feststellt, daß der Angekl. „einen anderen Mittäter zum Gebrauch des Messers aufforderte", äußert sie sich über die Begehungsart der beiden weiteren Taten nicht, sondern beschränkt sich auf den Ausspruch, daß die Begehungsart die Gefährlichkeit des Angekl. zeige, und bezeichnet diesen als den Anstifter zu der dritten Tat. Das RevG. kann zwar für diese Tat die Gründe des sie betr. Urteils selber berücksichtigen, da das nachträgliche Sicherungsverfahren nur eine Ergänzung des Strafverfahrens bildet (RGSt. 68, 174[1]); es bleibt aber über die zweite Tat völlig unaufgeklärt.

Bei Prüfung der Frage, ob die öffentliche Sicherheit die Anordnung der Sicherungsverwahrung erfordert, hat die StrK., soweit ersichtlich, namentlich nicht näher untersucht, welchen Einfluß die zuletzt verbüßte Strafe auf den Angekl. gehabt hat und in welche Lebensverhältnisse er eintreten würde, falls er aus der Untersuchungshaft entlassen würde; die bloßen Bemerkungen des Urteils,

„ein anderes Mittel zur Unschädlichmachung als die Sicherungsverwahrung habe das Gericht nicht" und „es lägen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, daß der letzte Strafvollzug einen sittlich bessernden Einfluß bei dem Angekl. gehabt habe",

sind unzureichend.

Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird die StrK. neben RGSt. 68, 174[2]) das Urteil: RGSt. 68, 149[3]) besonders zu beachten haben. Ferner wird sie Ermittelungen anzustellen, namentlich eine Äußerung des Direktors der Strafanstalt herbeizuführen haben, in der der Angekl. die letzte Strafe verbüßt hat. Auch wird sie zu berücksichtigen haben, daß der Angekl. gemäß dem Urteil das über die zweite nach Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. maßgebende Tat ergangen ist, bei Begehung dieser Tat „in einer gewissen Notlage gewesen sein mag". Andererseits wird nicht außer acht zu lassen sein, daß sich selbst ein aus Not verübter Diebstahl als Ausfluß eines verbrecherischen Hanges darstellen kann.

Endlich ist noch folgender Hinweis geboten:

Nach dem Vollstreckungsheft ist die dritte Strafe (zwei Jahre Zuchthaus) mit drei anderen Strafen zu zwei Jahren neun Monaten Zuchthaus vereinigt worden. Diese Gesamtstrafe — abzüglich ungerechneter Untersuchungshaft — hatte der Angekl. v. 1. März 1932 bis 22. Sept. 1934 zu verbüßen. Wenn er aber seit dem 1. März 1932 nur die dritte Strafe — abzüglich der angerechneten Untersuchungshaft von etwa zwei Monaten und eine Woche — zu verbüßen gehabt hätte, so würde er vor dem 1. Jan. 1934 aus der Strafhaft entlassen worden sein. Trotzdem hat die dritte Strafe als über den 1. Jan. 1934 hinaus verbüßt zu gelten; denn sie steckt nun einmal in den zwei Jahren neun Monaten Zuchthaus, die eine untrennbare Einheit bilden. Deshalb ist nicht erforderlich, daß die Taten, wegen deren die übrigen in der Gesamtstrafe enthaltenen Strafen erkannt worden sind, ein Anzeichen für die Eigenschaft des Angekl. als eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers bilden und je mit mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe geahndet worden seien (Art. 5 Nr. 2 S. 1, 2 GewohnhVerbrG.). Der Fall liegt anders als der in RGSt. 68, 359, in dem es sich um zwei zu einer Gesamtstrafe vereinigten Strafen handelt, von denen keine das in Art. 5 Nr. 2 Satz 2 vorgesehene Mindestmaß erreicht hat.

(1. Sen. v. 30. Nov. 1934; 1 D 1197/34.) [W.]

15. Art. 5 Abs. 2 GewohnhVerbrG.; § 20a Abs. 2 u. 3 StGB. Nach dem klaren Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 kommen als Voraussetzung der Anordnung der Sicherungsverwahrung nur solche früheren Verurteilungen in Betracht, in denen auf Todesstrafe, Zuchthaus oder Gefängnis von

[3]) JW. 1934, 1662. [4]) JW. 1934, 1662.

[1]) JW. 1934, 2056[17]. [2]) JW. 1934, 2056[17].
[3]) JW. 1934, 1662.

mindestens sechs Monaten erkannt ist (vgl. Urt. v. 2. Juli 1934, 2 D 432/34; RGSt. 68, 249 = JW. 1934, 2620[10]). Die Vorschrift des § 20 a Abs. 2 StGB. ist nur anwendbar, wenn von drei vorsätzlichen Taten mindestens eine nach dem 1. Jan. 1934 zur Aburteilung steht, nicht aber, wenn es sich um die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach Art. 5 Abs. 2 handelt. Da nach dem klaren Wortlaut des § 20 a Abs. 3 zwischen dem Eintritt der Rechtskraft und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sein müssen, wenn wegen der sogenannten Rückfallverjährung eine frühere Verurteilung nicht in Betracht kommen soll, kann der Tag der Rechtskraft in die fünfjährige Frist nicht eingerechnet werden.

(2. Sen. v. 19. Nov. 1934; 2 D 1149/34.) [L.]

****16.** Art. 5 Ziff. 2 GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933. Dem Erfordernis, daß die der späteren Verurteilung zugrunde liegende Straftat jeweils nach der Rechtskraft der früheren Verurteilung begangen sein muß, ist bei mehreren zu einer Gesamtstrafe zusammengeschlossenen Strafen dann genügt, wenn die Straftat nach der Rechtskraft eines der in der Gesamtstrafe vereinigten Urteils begangen wurde.

Nach der Rspr. des RG. erfordert Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG., daß die der zweiten und dritten erheblichen Verurteilung zugrunde liegenden Straftaten jeweils nach der Rechtskraft der vorausgehenden Verurteilung begangen sind. Im Verhältnis der der dritten Verurteilung zugrunde liegenden Straftaten zu der zweiten Verurteilung trifft das im gegebenen Falle erkennbar zu. Die dem Gesamtstrafenbeschluß des SchöffG. M. v. 11. Mai 1932 zugrunde liegenden Straftaten sind nach den Feststellungen in der Zeit v. Jan. 1930 bis Jan. 1931 begangen. Allerdings war damals die vorausgegangene zweite Verurteilung, als die nach der Rspr. des RG. der Gesamtstrafenbeschluß des AG. N. v. 17. März 1931 zu gelten hat, noch nicht erlassen, geschweige denn rechtskräftig geworden. Allein für die Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunktes kommt dieser Gesamtstrafenbeschluß, durch den, wie der Zusammenhang der Urteilsgründe augenscheinlich ergibt, die Neubildung einer Gesamtstrafe erfolgt ist, nachdem infolge Freispruchs im Wiederaufnahmeverfahren eine früher zur Gesamtstrafenbildung mit herangezogene Einzelstrafe weggefallen war, bei der gegebenen Sachlage nicht in Betracht. Denn das Erfordernis, daß die der späteren Verurteilung zugrunde liegende Straftat jeweils nach der Rechtskraft der früheren Verurteilung begangen sein müsse, ist vom RG. gerade im Zusammenhange mit dem Satz ausgesprochen worden, daß als rechtskräftige Verurteilung i. S. des Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933 bei mehreren zu einer Gesamtstrafe zusammengefaßten Erkenntnissen nicht die einzelnen ihr zugrunde liegenden Urteile, sondern die Entscheidung über die Bildung der Gesamtstrafe anzusehen sei. Aus diesem Zusammenhange folgt, daß in den Fällen, in denen gerade wegen des zeitlichen Verhältnisses einer Straftat zu den bereits vor ihrer Begehung gefällten Erkenntnissen die Zusammenfassung der für die Straftat erkannten Strafe mit den in diesen Erkenntnissen enthaltenen Strafaussprüchen zu einer Gesamtstrafe ausgeschlossen ist, und eine solche lediglich aus den letzteren gebildet werden kann, jenem Erfordernis genügt ist, wenn die Straftat nach der Rechtskraft eines der in der Gesamtstrafe vereinigten Erkenntnisse begangen wurde, das dann allerdings erheblich i. S. des Gesetzes sein muß. Im vorliegenden Falle muß daher als maßgeblich der Zeitpunkt erachtet werden, in dem eines der drei dem Gesamtstrafenbeschluß des AG. N. vom 17. März 1931 zugrunde liegenden Urteile die Rechtskraft beschritten hat. Da die Strafverbüßung hinsichtlich der aus den drei Urteilen gebildeten Gesamtstrafe, wie in dem angefochtenen Urteile festgestellt ist, bereits am 1. Mai 1929 begonnen hat, muß in diesem Zeitpunkt mindestens eines der Urteile des SchöffG. H. v. 16. und 26. April 1929 bereits rechtskräftig gewesen sein, die beide — letzteres auch nach Wegfall des einen Diebstahls auf Grund des Wiederaufnahmeverfahrens — auch als erheblich i. S. des Gesetzes anzusprechen sind, weil im Hinblick auf die Strafdrohung des § 244 Abs. 2 StGB. auch im letzten Urteil für jeden Fall des schweren Diebstahls im Rückfalle eine Einzelstrafe von mindestens einem Jahre Gefängnis festgesetzt gewesen sein muß.

Dagegen hat das LG. es unterlassen, bei der ersten als erheblich angeführten Verurteilung des BeschwF. durch das Urteil des AG. H. v. 10. Juni 1927 den Zeitpunkt der Rechtskraft festzustellen, und es ist auch nicht möglich, ihn im Wege der Auslegung des angefochtenen Urteils zu ermitteln. Wenn daher auch den bei den folgenden Verurteilungen angegebenen Aktenzeichen zu entnehmen sein mag, daß die ihnen und damit der zweiten erheblichen Verurteilung zugrunde liegenden Straftaten vermutlich in den Jahren 1928 und Anfang 1929 begangen worden sind, so läßt sich doch nicht erkennen, ob die erste Verurteilung in jenen Zeitpunkten bereits die Rechtskraft beschritten hatte.

Dieser Mangel in der Feststellung der förmlichen Voraussetzungen zwingt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, wenngleich die Nachprüfung bzgl. der sachlichen Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung keinen Rechtsfehler ergeben hat.

(5. Sen. v. 26. Nov. 1934; 5 D 295/34.) [W.]
<= RGSt. 68, 427.>

****17.** Art. 5 Ziff. 2 GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933. Auf den Zeitablauf seit der letzten Straftat oder der letzten Verurteilung kommt es nicht an, so daß auch die i. J. 1934 noch nicht verbüßte Strafe vor mehr als 10 Jahren verhängt worden sein kann.

Es ist weder im GewohnhVerbrG. bestimmt, noch kann aus seinem Zweck oder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Verjährung der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung gefolgert werden, daß die förmlichen Voraussetzungen des Art. 5 Ziff. 2 dann nicht gegeben seien, wenn auf die Strafe, die 1932 angetreten worden ist und noch i. J. 1934 verbüßt wird, vor über 10 Jahren erkannt worden ist.

Durch die Sicherungsverwahrung soll nicht die vergangene Straftat gesühnt, sondern die in der Gegenwart und der Zukunft drohende Gefährdung der Allgemeinheit behoben und durch die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung soll solcher Gefährdung auch vorgebeugt werden, soweit sie von vor dem Inkrafttreten des Gesetzes verurteilten, aber die Strafe noch verbüßenden gefährlichen Gewohnheitsverbrechern zu erwarten ist. Schon deshalb kommt — jedenfalls bei den förmlichen Voraussetzungen des Art. 5 Ziff. 2 — dem Zeitablauf seit der Begehung der letzten Straftat oder seit der letzten Verurteilung keine erhebliche Bedeutung zu, und es sind gesetzliche Bestimmungen, die dem Zeitablauf hier eine rechtsvernichtende Wirkung zusprechen, als Ausnahmevorschriften eng auszulegen.

Art. 5 Ziff. 2 enthält insoweit nur eine Beschränkung in Satz 3, in dem § 20 a Abs. 3, 4 StGB. für entsprechend geltend erklärt werden. Der hier nur in Betracht kommende Abs. 3 Satz 1 des § 20 a bestimmt aber für die drei maßgeblichen Verurteilungen nur, daß als solche diejenigen nicht herangezogen werden dürfen, deren Rechtskraft mehr als 5 Jahre vor der der nächsten maßgeblichen Verurteilung zugrunde liegenden Tat eingetreten ist. Keine „entsprechende“ Anwendung, sondern eine dem Gesetzeszweck nicht entsprechende Abweichung würde darin liegen, daß im Falle des Art. 5 Ziff. 2 auch die letzte Verurteilung als nicht in Betracht kommend dann bezeichnet würde, wenn sie mehr als 5 Jahre vor der Entsch. über die nachträgliche Anordnung zurückliegt.

Nach § 67 Abs. 5 StGB. i. d. Fass. des Art. 3 Ziff. 7 GewohnhVerbrG. erlischt zwar mit der Verjährung der Strafverfolgung der Tat auch die Befugnis, auf Grund der Tat Maßregeln der Sicherung und Besserung anzuordnen. Diese Regelung konnte aber von vornherein nicht für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung oder der Entmannung gelten. Denn diese erfolgt auf Grund von rechts-

kräftigen Verurteilungen, nach denen also die Strafverfolgung wegen der Tat nicht mehr der Verjährung unterworfen ist, sondern abgeschlossen ist. § 67 Abs. 5 wird — wie es in der amtlichen Begründung heißt — „von der Übergangsvorschrift bewußt durchbrochen, da sie im Art. 14 (AusfGes.) die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung und der Entmannung an keine anderen als die ausdrücklich genannten Voraussetzungen knüpft". Im Art. 14 wird aber nicht gefordert, daß die Strafverfolgung der Tat noch nicht verjährt sei, sondern lediglich bestimmt, daß die StA. den Antrag nur stellen darf, solange die Strafe nicht verbüßt, bedingt ausgesetzt, verjährt oder erlassen ist.

Daß der Angekl. die Strafe aus den Urt. von 1923, deren Vollstreckung „wegen Haftunfähigkeit ausgesetzt" war bis zum 9. März 1934 verbüßt und die StA. vorher die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung beantragt hat, ist festgestellt. Hiernach ist zu vermuten, daß die Strafvollstreckung auch nicht bedingt ausgesetzt oder verjährt und die Strafe nicht erlassen war. Immerhin wäre — trotz der Vollstreckung — bei der Länge der Zwischenzeit eine Prüfung und Äußerung in dieser Richtung angebracht gewesen.

§§ 70 Abs. 2, 71 StGB. n. F. regeln nur die Verjährung der Vollstreckung einer angeordneten Maßregel der Sicherung und Besserung, haben also mit der hier erörterten Frage nichts zu tun.

Da auch eine Tilgung des Vermerks über die Verurteilungen von 1923 im Strafregister und deren in § 5 Abs. 2 StrafvermTilgG. bestimmte Folgen nach § 6 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 2 und § 7 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 2 dieses Ges. nicht in Frage kommen, war aus dem weiten Zurückliegen der Verurteilung zu der noch 1934 vollstreckten Strafe kein Bedenken gegen die Feststellung herzuleiten, daß die förmlichen Voraussetzungen des Art. 5 Ziff. 2 erfüllt seien.

Vgl. auch das Erläuterungbuch von Schäfer, Wagner und Schafheutle, Anm. zu Art. 3 Ziff. 7 des Ges. — S. 189 ff. und Anm. 7 zu Art. 14 AusfGes. — S. 339 f.

Auch der Umstand, daß der Angekl. noch nach dem bis in das Jahr 1934 vollstreckten Urt. v. 9. Nov. 1923 zu einer Gefängnisstrafe von 1½ Jahr verurteilt worden ist, schloß formell nicht aus, die Verurteilung v. 9. Nov. 1923 als die in Art. 5 Ziff. 2 GewohnhVerbrG. verlangte zeitlich dritte zu verwenden, wenn zwei vor ihr liegende, dieser Gesetzesbestimmung genügende Verurteilungen nachgewiesen wurden (RGSt. 68, 313[1]). In letzterer Beziehung ergeben sich aber daraus Bedenken, daß das LG. die Begehungszeiten der Straftaten nicht angegeben hat. Das muß regelmäßig und besonders bei kurz aufeinanderfolgenden Verurteilungen geschehen, weil mehrere Urt., die nachträglich durch Bildung von Gesamtstrafen abgeändert und zusammengezogen worden sind oder werden mußten, nur als eine Verurteilung i. S. des Art. 5 Ziff. 2 gelten (RGSt. 68, 149[2]). Es mußte also mindestens geprüft werden, ob nicht die Tat des Urt. v. 26. Mai 1922 vor der Verurteilung v. 12. Jan. 1922 begangen worden ist. Das LG. hat zwar erklärt, auch die früheren Verurteilungen von 1917 und 1919 zum Nachweis der formellen Voraussetzungen heranziehen zu wollen. Da aber durchweg die Tatzeiten nicht angegeben sind, ist auch damit das Bedenken nicht zweifelsfrei behoben.

(2. Sen. v. 8. Nov. 1934; 2 D 1146/34.) [W.]

---

2. Strafgesetzbuch

18. §§ 20a Abs. 3, 42k StGB. In die in § 20a Abs. 3 StGB. bezeichnete Frist ist auch die Zeit einzurechnen, während der der Täter als Fürsorgezögling in einer Fürsorgeerziehungsanstalt untergebracht war.

Die Annahme des LG., daß bei der Prüfung der formellen Voraussetzungen des § 42k StGB. die am 13. Dez. 1919 erfolgte Verurteilung des Angekl. Berücksichtigung zu finden habe, weil zwischen dem Eintritt der Rechtskraft des Urt. und der folgenden Tat nicht mehr als fünf Jahre verstrichen sind, gibt zu durchgreifenden rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Zwar ist zugunsten des Angekl. nicht der 20. Dez. 1919, sondern der Tag der Urteilsverkündung, der 13. Dez. 1919, als Tag der Rechtskraft anzunehmen, da mangels anderer Unterlagen nicht ausgeschlossen werden kann, daß bereits an diesem Tage von allen Beteiligten auf Rechtsmittel verzichtet ist. Die StrK. hat aber in die fünfjährige Frist mit Recht die Zeit v. 1. Juli 1923 bis Jan. 1924 nicht eingerechnet, in der der Angekl. auf behördliche Anordnung in der Erziehungsanstalt S. verwahrt gewesen ist. Die in § 20a Abs. 3 Satz 1 StGB. bezeichnete fünfjährige Frist ist also keinesfalls verstrichen gewesen. Übrigens wäre als Zeit der Verwahrung in einer Anstalt auch die Zeit zu berücksichtigen gewesen, in der der Angekl. in Untersuchungshaft gewesen ist, ohne daß die Untersuchungshaft auf die erkannte — und von der StrK. berücksichtigte — Freiheitsstrafe angerechnet worden ist.

Die Einwendung der Rev., daß die Zeit der Unterbringung in der Erziehungsanstalt S. nicht hätte berücksichtigt werden können, geht fehl. In die in § 20a Abs. 3 StGB. bezeichnete Frist ist die Zeit nicht einzurechnen, in der der Täter eine Freiheitsstrafe verbüßt, oder auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird. Dazu gehört auch, da die Vorschrift nicht auf die Unterbringung in einem Strafverfahren beschränkt ist, die Zeit, in der der Täter auf Grund des RJugWohlfG. v. 9. Juli 1922 (RGBl. 633) als Fürsorgezögling in einer Fürsorgeerziehungsanstalt untergebracht war.

(2. Sen. v. 15. Nov. 1934; 2 D 1208/34.) [W.]

****19.** §§ 20a, 42k StGB. Wenn das Gesetz vorschreibt, daß Verurteilungen oder noch nicht rechtskräftig abgeurteilte Taten, die eine bestimmte Zeit zurückliegen, der Anordnung der Entmannung nicht zugrunde gelegt werden dürfen, so können doch diese Taten als Beweisanzeichen bei der Prüfung der Frage verwertet werden, ob die neuen Taten den Angekl. als einen gefährlichen Sittlichkeitsverbrecher kennzeichnen. Dasselbe gilt von einer im Strafregister bereits getilgten Vorstrafe.

Bei der Gesamtwürdigung der Taten des Angekl. im Hinblick auf seine Gefährlichkeit als Sittlichkeitsverbrecher bedarf es eines Eingehens auf die einzelnen Straftaten, die Umstände, unter denen sie begangen worden sind, und die Gesinnung, die der Angekl. dabei offenbart hat. Erst diese Erörterung ist die im Gesetz geforderte Gesamtwürdigung. Sie ermöglicht erst ein Urt. darüber, ob der Angekl. ein gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher ist, d. h. ob mit Wahrscheinlichkeit eine Wiederholung von Taten der in § 42k Nr. 1 StGB. genannten Art von dem Angekl. zu erwarten ist. Der allgemeine Hinweis, daß sich der Angekl. Sittlichkeitsverbrechen der in § 176 Nr. 3 StGB. bezeichneten Art habe zuschulden kommen lassen und daß erfahrungsgemäß „durch perverse Neigungen verursachte Sittlichkeitsverbrechen auch bei älteren zum normalen Geschlechtsverkehr nicht mehr fähigen Männern noch verhältnismäßig häufig" vorkommen, vermag die auf den bestimmten Angekl. abzustellende Gesamtwürdigung nicht zu ersetzen. Bei der Bedeutung, die die Entmannung für Körper und Seelenleben eines Mannes haben kann, ist es, zumal bei einem 64 Jahre alten Manne, erforderlich, daß sich das erk. Gericht nach Erörterung der maßgebenden Gesichtspunkte im Einzelfall klar darüber ausspricht, ob eine Wiederholung der in § 42k Nr. 1 StGB. aufgeführten Straftaten, wenn auch nicht mit Sicherheit, so doch mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten wäre, wenn die Entmannung nicht ausgesprochen würde. Rechtsirrig wäre es, wenn das LG. angenommen hätte, die Anordnung der Entmannung erfordere die Feststellung eines „Hanges" zu Sittlichkeitsverbrechen. § 42k StGB. setzt einen Gewohnheitsverbrecher auf dem Gebiete der geschlechtlichen Sittlichkeit nicht voraus. Auch die Bedeutung des Hinweises darauf, daß der Angekl. schon in den Jahren 1903, 1906, 1909,

[1]) JW. 1934, 3062[11]. [2]) JW. 1934, 1662.

1915 und 1929 wegen Sittlichkeitsverbrechen bestraft worden sei, ist nicht unzweifelhaft. § 42k Abs. 2 i. Verb. m. § 20a Abs. 3 StGB. hat nur die Bedeutung, daß Verurteilungen oder noch nicht rechtskräftig abgeurteilte Taten, die eine bestimmte Zeit zurückliegen, der Anordnung der Entmannung gem. § 42k Nr. 1 u. 2 StGB. (Art. 5 Abs. 3 GewohnhVerbrG.) nicht zugrunde gelegt werden dürfen. Dagegen ist es dem Tatrichter nicht verwehrt, die früheren, der sog. Rückfallsverjährung anheimgefallenen Taten als Beweisanzeichen bei der Prüfung der Frage zu verwerten, ob die neuen Taten, die als Grundlage für die Sicherungsmaßnahme in Betracht kommen, die Persönlichkeit des Angekl. als die eines gefährlichen Sittlichkeitsverbrechers kennzeichnen. Wie der Strafrichter jede einzelne Begebenheit aus dem Vorleben des Angekl., auch wenn sie keinen strafbaren Tatbestand darstellt, als Beweisanzeichen bei der Beurteilung der Persönlichkeit des Täters ins Auge fassen kann, so ist er erst recht dazu berechtigt und verpflichtet, wenn es sich um eine frühere Straftat handelt. Jede andere Auslegung würde zu einer Einschränkung des nach § 261 StPO. das Strafverfahren beherrschenden Grundsatzes der freien Beweiswürdigung führen. Ein solches Ergebnis hat der Gesetzgeber bei der Schaffung einer ausschließlich dem Schutze der Allgemeinheit dienenden Vorschrift nicht beabsichtigt.

Eine ähnliche Lage ergibt sich aus § 5 Abs. 2 StraftilgG. v. 9. April 1920 (RGBl. 507). Danach gilt eine Verurteilung, wenn der entsprechende Vermerk im Strafregister getilgt ist, nicht mehr als eine Bestrafung i. S. solcher Vorschriften, die eine schwerere Strafe für den Fall androhen, daß der Täter bereits bestraft ist. Trotzdem kann eine im Strafregister bereits getilgte Vorstrafe zur Beurteilung der Persönlichkeit des Angekl. herangezogen, insbes. auch als allgemeiner Straferhöhungsgrund verwertet werden. Ein allgemeiner Ausspruch dahin, daß eine im Register getilgte Verurteilung fortan als ungeschehen gelte, würde, wie die Begründung des StraftilgG. zutreffend darlegt, außerhalb des Machtbereichs staatlicher Gesetze liegen (vgl. RGSt. 60, 285 und Urt. 3 D 628/28).

Ähnlich verhält es sich hier. Die früheren Taten können zwar nicht der Anordnung der Entmannung zugrunde gelegt, jedoch zur Beleuchtung des aus den neuen Taten hervortretenden Bildes der Persönlichkeit des Angekl. als eines gefährlichen Sittlichkeitsverbrechers herangezogen werden.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die öffentliche Sicherheit die Entmannung erfordere, stehen die Belange der Allgemeinheit im Vordergrund. Sie schließen aber die Berücksichtigung der Folgen der Entmannung für den Angekl. nicht aus. Bei einem 64 Jahre alten Manne sind diese Folgen besonders eingehend zu prüfen. Im Falle außergewöhnlich schwerer Nachteile für den Angekl., etwa infolge seines Alters, käme auch die Wahrscheinlichkeit einer weiteren verbrecherischen Betätigung auf dem hier in Betracht kommenden Gebiete in Frage.

(3. Sen. v. 12. Nov. 1934; 3 D 1011/34.) [W.]

20. § 42d Abs. 3 StGB. Die Unterbringung im Arbeitshaus soll wegen Bettelei nur in schweren Fällen verhängt werden.

I. Die Beschränkung der Rev. auf die im Urteil ausgesprochene Unterbringung des Angekl. in einem Arbeitshause nach § 42d StGB. ist nicht zulässig. Das die Anordnung der Unterbringung in einem Arbeitshause ermöglichende Merkmal des „gewerbsmäßigen“ Bettelns bildet bei der Bettelei, ebenso wie bei anderen Delikten, z. B. der Hehlerei, einen unabtrennbaren Bestandteil der Schuldfrage. Dasselbe muß von den der Gewerbsmäßigkeit in § 42d Abs. 3 gleichgestellten Merkmalen der Arbeitsscheu und der Liederlichkeit gelten. Die Rev., die das Fehlen der Voraussetzungen des § 42d rügt, umfaßt daher die Verurteilung wegen Bettelns in ihrem ganzen Umfang (vgl. RGSt. 64, 151, 153).

II. Nach § 42d Abs. 3 StGB. ist die Anordnung der Unterbringung in einem Arbeitshause wegen Bettelns nur zulässig, wenn der Täter aus Arbeitsscheu oder Liederlichkeit oder gewerbsmäßig gebettelt hat. Nach diesen Richtungen hat das LG. keine Feststellungen getroffen. Es hat nur, ohne auf die Zeit und die Ursachen der Taten einzugehen, festgestellt, der Angekl. sei häufig und erheblich wegen Bettelns vorbestraft, er könne sich an ordnungsmäßige Arbeit nicht gewöhnen. Ob er Gelegenheit zur Arbeit gehabt, sie aber aus Unlust an der Arbeit ausgeschlagen oder gemieden hat, oder ob er sich, was zur Feststellung der Liederlichkeit nötig wäre, in einem Zustande selbstverschuldeter Verwahrlosung befindet, oder ob er sich durch wiederholtes Betteln eine Erwerbsquelle verschaffen wollte, ist im Urteil nicht erörtert. Es entspricht nicht der Absicht des Gesetzes, die schwere Maßnahme der Unterbringung im Arbeitshaus gegen jeden zu ermöglichen, der wegen Bettelns wiederholt bestraft wird, sondern es sollen nur die schweren Fälle getroffen werden. Wer wegen fehlender Arbeitsfähigkeit oder Arbeitsmöglichkeit oder aus unverschuldeter Not, wenn auch wiederholt bettelt, unterliegt nicht der Sicherungs- und Besserungsmaßnahme des § 42d StGB. Die Voraussetzungen des § 42d Abs. 3 müssen mit dem in Abs. 1 aufgestellten Erfordernis zusammentreffen, den Täter zur Arbeit anzuhalten und ihn an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen, sie müssen mit Tatsachen belegt werden, die bloße Wiederholung der Worte des Gesetzes in den Urteilsgründen genügt nicht.

(2. Sen. v. 13. Dez. 1934; 2 D 1420/34.) [Hn.]

21. § 42k Abs. 1 StGB.; Art. 5 Nr. 3 GewohnhVerbrG. Für die Anwendung des § 42k Abs. 1 Nr. 1 StGB. kommt es nicht darauf an, ob die zweite Tat vor oder nach der ersten Verurteilung begangen worden ist.

Der StrK. ist insofern ein Irrtum unterlaufen, als sie die Nr. 2 des in Art. 5 Nr. 3 GewohnhVerbrG. angezogenen § 42k Abs. 1 StGB. für anwendbar erklärt hat, obwohl auf den hier festgestellten Sachverhalt die Nr. 1 daselbst anzuwenden ist.

Der BeschwF. verbüßt zur Zeit eine Zuchthausstrafe von zwei Jahren, zu der er am 4. Dez. 1933 verurteilt worden ist. Vorher — und zwar am 4. Febr. 1932 — war er wegen eines gleichen Verbrechens (§ 176 Nr. 3 StGB.) zu einer Gefängnisstrafe von einem Jahr verurteilt worden, die er bis zum 4. Febr. 1933 verbüßt hatte. Die der Verurteilung v. 4. Dez. 1933 zugrunde liegende Tat ist allerdings schon vor der früheren Verurteilung — 4. Febr. 1932 — begangen worden; dies steht jedoch der Anwendung des § 42k Abs. 1 Nr. 1 StGB. nicht entgegen. Denn hiernach wird nur erfordert, daß der Täter wegen einer der dort erwähnten Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt wird, nachdem er schon einmal wegen einer solchen Tat zu Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilt worden ist. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Darauf, ob die zweite Tat vor oder nach der ersten Verurteilung begangen worden ist, kommt es nicht an; dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes (vgl. auch die Begründung zum GewohnVerbrG. — zu § 42k StGB. — im Reichs- und Staatsanzeiger Nr. 277 v. 27. Nov. 1933 S. 2 [4]).

Der Rechtsirrtum der StrK. hat aber die Urteilsfindung ersichtlich nicht beeinflußt.

(3. Sen. v. 22. Nov. 1934; 3 D 964/34.) [L.]

22. §§ 47 ff. StGB. Rechtsbegrifflich ist es nicht ausgeschlossen, daß jemand an der fortgesetzten Handlung eines anderen nur in beschränktem Maße als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe teilnimmt.

(3. Sen. v. 3. Dez. 1934; 3 D 1200/34.) [L.]

23. § 176 Nr. 3 StGB. Darin, daß ein Mann ein Kind unter 14 Jahren auffordert, seinen entblößten Geschlechtsteil anzusehen, liegt, wenn daraufhin das Kind geflissentlich hinsieht, eine vollendete Verleitung des Kindes zur Vornahme einer unzüchtigen Handlung.

Wenn das Kind arglos hinsieht und, nachdem es erkannt hat, was für ein Anblick ihm gewährt wird, wegsieht, kommt nur Versuch in Frage. Es genügt zu einer Bestrafung aus § 176 Nr. 3 StGB., daß der Verleitende aus Sinneslust handelt. Das Kind braucht sich der Unzüchtigkeit des Vorganges nicht bewußt zu sein.

(1. Sen. v. 11. Dez. 1934; 1 D 1250/34.)

24. § 181a a. F. StGB. **In einem Falle, in dem der Ehemann seine Frau, die bis dahin keine Gewerbsunzucht trieb, zur Ausübung der Gewerbsunzucht veranlaßt hat, um sich seinen Lebensunterhalt zu verschaffen (vgl. RGSt. 41, 340, 343), und in dem er alsdann sich auch der ausbeuterischen und kupplerischen Zuhälterei schuldig gemacht hat, ist wegen dieser Besonderheit des Sachverhalts — die in den Fällen RGSt. 39, 29 und 57, 385 nicht gegeben war —, die Annahme von Tateinheit zwischen einem Vergehen gegen § 181a Abs. 1 und 2 StGB. a. F. und einem Verbrechen gegen § 181 Abs. 1 Nr. 2 (§ 180 Abs. 1) gebilligt worden.**

Der Angekl. hat sich in der Zeit von April bis Oktober 1933 der ausbeuterischen und kupplerischen Zuhälterei gem. § 181a Abs. 1 StGB. in der bis Ende 1933 geltenden Fassung schuldig gemacht, und zwar der kupplerischen sowohl gewohnheitsmäßig wie aus Eigennutz. Zugleich lag der Tatbestand des Abs. 2 jener Vorschr. in doppelter Richtung vor: der Angekl. war der Ehemann der Gewerbsdirne und hat diese unter Anwendung von Gewalt und Drohungen zur Ausübung der Gewerbsunzucht angehalten. Der Schuldspruch gemäß den angezogenen Gesetzesbestimmungen kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Das LG. hat jedoch weiter angenommen, daß der Angekl. sich zugleich auch gegen die Strafvorschriften in §§ 180 Abs. 1, 181 Abs. 1 Nr. 2 StGB. verfehlt habe und daß diese Straftat in Tateinheit mit dem Vergehen gegen § 181a begangen worden sei. Es entnimmt daher die Strafe gem. § 73 StGB. aus der Vorschr. in § 181 StGB. Auch das kann nach der besonderen Lage des Falles rechtlich nicht beanstandet werden.

Aus den Urteilsfeststellungen ergibt sich, daß der Angekl. seine Ehefrau am 9. Juli 1932 geheiratet hat, daß diese zwar, wie er wußte, vorher Gewerbsunzucht getrieben hatte, jedoch nach der Eheschließung nicht mehr bis zum April 1933. In diesem Zeitpunkt hat der Angekl., weil ihm die Fürsorgeunterstützung nicht ausreichte, seine Frau veranlaßt, wieder der Gewerbsunzucht nachzugehen und dadurch Geld zu verdienen, damit er sich nicht einzuschränken brauche und seinen Lebensunterhalt erlange. Durch gemeine Schimpfworte und Schläge trieb er sie immer wieder auf die Straße. Dadurch machte er sich allerdings der Kuppelei nach § 181 Abs. 1 Nr. 2 schuldig (vgl. RGSt. 41, 340, 343). Denn als er damit begann, seine Frau (wieder) auf die Straße zu treiben, war sie „noch keine" gewerbsmäßig unzuchttreibende Frauensperson. Daß sie es früher, vor ihrer Verheiratung mit dem Angekl., gewesen war, ändert daran nichts. Sie hatte dieses Gewerbe seitdem aufgegeben und wurde erst durch das Tun des Angekl. gegen ihren Willen wieder zur Gewerbsdirne gemacht. Als die darauf abzielende kupplerische Handlung vom Angekl. vorgenommen wurde, fehlte es daher noch an einer wesentlichen Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 181a Abs. 1 hinsichtlich beider darin vorgesehenen Begehungsformen. Die Straftat gem. § 181 war mit jener Handlung zwar bereits vollendet, aber noch nicht beendet, wurde nach den Urteilsfeststellungen vielmehr fortgesetzt, und zwar sowohl in der Form des Eigennutzes, wie der Gewohnheitsmäßigkeit. Hiernach unterscheidet sich der Sachverhalt von dem in RGSt. 39, 29 und auch von dem in 57, 385 beurteilten insofern wesentlich, als es sich in jenen Fällen von vornherein um eine Gewerbsdirne handelte. Für solche Fälle ist dort allerdings ausgesprochen worden, daß Gesetzeskonkurrenz zwischen der Sondervorschrift in § 181a und der allgemeineren Regelung des § 181 Abs. 1 Nr. 2 bestehe und daher nur die Strafvorschrift des § 181a zur Anwendung kommen könne. Die dort maßgebenden Erwägungen treffen demnach hier in dem ausschlaggebenden Punkt nicht zu und die Annahme einer Straftat auch nach § 181 durch das LG. begegnet aus diesem Grunde keinem rechtlichen Bedenken. Tateinheit zwischen beiden Straftaten wird dadurch begründet, daß die schwere Kuppelei i. S. des § 181 Abs. 1 Nr. 2 in dem Augenblick, als der Angekl. seine Ehefrau wieder zur Dirne gemacht hatte, zwar vollendet, aber noch nicht beendet war, sondern fortgesetzt wurde, die einheitliche fortgesetzte Handlung der schweren Kuppelei demnach aus zwei Handlungsreihen sich zusammensetzte, deren zweite mit der kupplerischen Zuhälterei in Gesetzeseinheit stand. Somit ist auch der Schuldspruch aus § 181 und die Festsetzung der Strafe aus dieser Bestimmung (§ 73) nicht zu beanstanden.

(1. Sen. v. 16. Nov. 1934; 1 D 990/34.) [Hn.]

25. § 182 StGB. **Nur die bestimmte Annahme der Bescholtenheit des verführten Mädchens schließt den nach § 182 StGB. erforderlichen Vorsatz aus. Bloße Zweifel an der Bescholtenheit genügen zur Verneinung des Vorsatzes des Angekl. ebensowenig, wie zur Annahme der Bescholtenheit durch das Gericht (vgl. hierzu RGUrt. v. 6. März 1902, 1 D 120/02 = GoltdArch. 49, 134).**

Die Tatbestandsmerkmale der **Verführung** nach § 182 StGB. sind ausreichend nachgewiesen.

Der Angekl. hat selbst zugegeben, daß er mit der noch nicht 16 Jahre alten P. wiederholt den Beischlaf ausgeübt hat.

Es ist weiter festgestellt, daß der Angekl. keine Tatsachen behaupten konnte, die die Annahme rechtfertigen würden, daß die P. nicht mehr unbescholten gewesen wäre; es hätten ihr weder frühere unzüchtige Handlungen im allgemeinen noch auch früherer Geschlechtsverkehr nachgewiesen werden können, es sei auf Grund ihrer „in diesem Punkt" völlig glaubhaften Aussage anzunehmen, daß sie derartige Erlebnisse noch nicht gehabt habe, zumal auch die Zeugin S., bei der das Mädchen die Berufsschule besuchte, keine einschlägigen Wahrnehmungen gemacht habe; es sei daher anzunehmen, daß das Mädchen noch unbescholten war, als der Angekl. mit ihm unzüchtige Handlungen begann und es schließlich zum Beischlaf verführte. Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Der Umstand, daß sich die P. vor der Gestattung des ersten Beischlafs schon zu anderem unzüchtigen Verkehr mit dem Angekl. herbeigelassen hatte, begründet nicht die Annahme der Bescholtenheit i. S. des Gesetzes, da dieser der Verleitung zum Beischlaf dienende unzüchtige Verkehr schon einen Teil der Verführung bildete (vgl. hierzu RGUrt. v. 22. Sept. 1916, 2 D 204/16 = GoltdArch. 63, 437). Nach der inneren Seite hätte nur die bestimmte Annahme der Bescholtenheit den Vorsatz ausschließen können. Da aber der Angekl. keine Tatsachen behaupten konnte, die die Annahme der Bescholtenheit rechtfertigen würden, könnte er höchstens Zweifel an der Unbescholtenheit gehabt haben, und diese würden zur Verneinung des Vorsatzes des Angekl. ebensowenig genügen, wie zur Annahme der Bescholtenheit durch das Gericht (vgl. RGUrt. v. 6. März 1902, 1 D 120/02 = GoltdArch. 49, 134, 135).

Endlich ist auch das Merkmal der Verführung nachgewiesen durch die Feststellung, der Angekl. habe das Mädchen für sein Vorhaben erst geneigt gemacht, indem er als der an Jahren und Erfahrung weit überlegene Teil die allgemeine Unerfahrenheit des Mädchens und dessen geringe Widerstandskraft durch sein fortwährendes Anschneiden geschlechtlicher Gespräche, durch sein eindringliches, wiederholtes Verlangen nach Gestattung des Beischlafs und durch seine Vertröstung, daß er es nicht schwängern werde, seinem Willen gefügig machte. Diese Ausführungen decken sich mit den vom RG. entwickelten Grundsätzen. Insbes. steht der Umstand, daß

die P. den Verführungskünsten des Angekl. nur geringen Widerstand entgegensetzte, daß der Angekl. ohne besondere Schwierigkeiten sein Ziel erreichen konnte, der Annahme der Verführung nicht entgegen. Nur Fälle, in denen das Mädchen selbst die Beischlafsvollziehung anregt oder ohne jedes Zaudern, ohne daß irgendwelche Beeinflussung ihres Willens erforderlich ist, sich preisgibt, scheiden aus (vgl. RGSt. 6, 135, 137; RG. Rspr. 4, 468, 470).

(1. Sen. v. 6. Nov. 1934; 1 D 1058/34.) [Hn.]

26. § 183 StGB. Zum Begriffe der Öffentlichkeit.

Das angef. Urt. führt aus: „Der Angekl. handelte auch öffentlich: er beging die Handlungen an einem öffentlichen Ort, und zwar so, daß sie nicht nur von einem individuell bestimmten und begrenzten Personenkreis wahrgenommen werden konnten; der alte Friedhof und die an ihn angrenzenden Wege werden von spielenden Kindern, Spaziergängern und anderen Personen viel aufgesucht und begangen. Er hat auch vorsätzlich gehandelt mit dem Bewußtsein, daß die öffentlich vorgenommenen Handlungen geeignet waren, ein Ärgernis zu erregen (§ 183 StGB.)." Damit ist die innere Tatseite nicht ausreichend dargetan. Es bedurfte hierzu der Feststellung, daß der Angekl. nicht nur das Bewußtsein hatte, möglicherweise bemerkt zu werden, sondern er muß auch in seinen Willen mitaufgenommen haben, daß seine Handlung außer von den unmittelbar Betroffenen auch unbestimmt von welchen und wie vielen Personen wahrgenommen werden konnte. Gegen diesen Willen könnte die Tatsache sprechen, daß der Angekl. sich versteckt hielt und aus dem Versteck heraus auf die Personen, denen er sich in unzüchtiger Weise zeigen wollte, plötzlich hervortrat, oder daß er die Zeugin R. besonders auf sich aufmerksam machte und der Zeugin in anderen Fällen offenbar auflauerte, um sich gerade ihr in unanständiger Weise zu zeigen. Aber auch nach der äußeren Tatseite ist nach den Feststellungen der Begriff der „Öffentlichkeit" nicht bedenkenfrei dargetan. Die Öffentlichkeit des Orts allein genügt nicht; auch nicht die abstrakte Möglichkeit der Wahrnehmung durch eine unbestimmte Personenmehrheit, sondern es kommt auf die konkreten Verhältnisse an, daß Personen, die von der Tat nicht mitumfaßt waren, ihr beiwohnten und sie bemerkt haben oder hätten bemerken können. Das angef. Urt. stellt zwar fest, daß die in Frage kommende Gegend viel aufgesucht und begangen werde. Zum Begriff der „Öffentlichkeit" bedarf es aber der weiteren Feststellung, daß gerade auch z. Z. der Tat in der Nähe Personen zugegen waren, die die unzüchtigen Handlungen bemerken konnten. Es ist nach den Feststellungen nicht ausgeschlossen, daß der Angekl. jeweils zur Tat schritt, wenn andere Personen, als die von ihm erwählten Objekte, nicht in Sicht waren. Dann entfiele aber der Begriff der „Öffentlichkeit" i. S. des § 183 StGB. und es bliebe nur noch der Tatbestand der Beleidigung übrig (RGSt. 1, 202; 2, 196; 3, 361; 38, 208; 57, 343; 63, 432; 64, 369; 65, 112).

(4. Sen. v. 11. Dez. 1934; 4 D 1416/34.) [W.]

27. § 185 StGB. Die an ein 7jähriges Mädchen unvermittelt gerichtete Aufforderung eines Mannes, ihm in einem Hausflur einen Kuß zu geben, kann unter besonderen Umständen den Tatbestand der Beleidigung erfüllen.

Der Angekl. hat der Zeugin zunächst zugewinkt, zu ihm zu kommen; als sie dieser Aufforderung nicht nachkam, ist er zu ihr hingegangen und hat sie aufgefordert, mit ihm in einen Hausflur zu gehen und ihn da zu küssen, worauf das Kind jedoch fortgelaufen ist.

Inwiefern der Angekl. mit dieser Aufforderung den „Eindruck einer gewissen Mißachtung des Kindes" hervorgerufen habe, hat das Urt. nicht dargelegt. Fehl geht die Bemängelung der Rev., daß nicht festgestellt sei, ob das Kind die angebliche Geringschätzung als solche empfunden habe. Denn nach feststehender Rspr. des RG. ist es für das Vorhandensein einer Beleidigung unerheblich, ob der Beleidigte sich des ehrenkränkenden Charakters der Kundgebung bewußt geworden ist, er sie als solche empfunden hat oder nicht.

Immer aber muß die Handlung gegenüber dem Verletzten sachlich eine Herabwürdigung darstellen, den Ausdruck der Mißachtung, der Geringschätzung enthalten; das kann von der an ein kleines Mädchen gerichteten Aufforderung eines Mannes, ihn zu küssen, auch wenn sie nicht durch das Bestehen persönlicher Beziehungen veranlaßt ist, noch nicht ohne weiteres gesagt werden; sie wird oft nur eine Aufdringlichkeit, etwas Unpassendes darstellen; bloße Aufdringlichkeiten sind vom Gesetzgeber nicht unter den Strafschutz des § 185 gestellt.

Im vorl. Fall handelte es sich aber um einen Mann, der schon zahlreiche Vorstrafen, darunter mehrere wegen Vergehen gegen die Sittlichkeit, erlitten hatte, und dessen zweifelhafter Charakter kurz nach dem in Frage stehenden Vorfall sich erneut gegenüber den beiden anderen Zeuginnen eindeutig kundgetan hat. Wenn ein solcher Mann völlig unvermittelt ein ihm fremdes Kind von der Straße weg in einen Hausflur zu locken sucht, um sich von ihm küssen zu lassen, so liegt darin für ein gesundes Empfinden eine Herabwürdigung des Kindes, selbst wenn eine Absicht des Täters, sich durch den Kuß geschlechtliche Erregung oder Befriedigung zu verschaffen, nicht mit Sicherheit nachweisbar sein sollte. Vor solchem Mißbrauch müssen Kinder geschützt werden. Die Verurteilung des Angekl. wegen Beleidigung ist daher zu Recht erfolgt.

Im Falle K. ist die unzüchtige Berührung der Zeugin unzutreffend zugleich als eine gegen sie begangene tätliche Beleidigung beurteilt worden, da der Tatbestand des § 176 Nr. 3 gegenüber der tätlichen Beleidigung der engere ist, so daß das strafbare Tun des Angekl. durch den Tatbestand des § 176 Nr. 3 gedeckt wird (RGSt. 45, 344; 46, 301).

(1. Sen. v. 16. Nov. 1934; 1 D 1137/34.) [W.]

28. § 213 StGB. Der Bejahung des Merkmals „auf der Stelle zur Tat hingerissen" steht eine gewisse Zeitspanne zwischen der Reizung und der Tötung nicht entgegen. Mildernde Umstände können einem Angekl. nicht deshalb versagt werden, weil ihn dann die vom Gesetze bestimmte schwere Strafe treffen würde.

Die Versagung mildernder Umstände für den Totschlag kann auf einem Rechtsirrtum beruhen. Bedenklich ist schon, daß das SchwG. mildernde Umstände deshalb versagt, weil der Angekl. so roh vorgegangen sei, daß die Tat nicht durch eine Gefängnisstrafe — selbst nicht durch die höchst zulässige von 5 Jahren —, sondern nur durch die schwerste Freiheitsstrafe, also Zuchthaus, gesühnt werden könne. Hiernach scheint es darauf abgestellt zu haben, welche Folge eine Zubilligung mildernder Umstände haben würde. Das wäre aber rechtsirrig. Maßgebend ist, ob mildernde Umstände vorhanden sind (§ 213 StGB.). Ist dies der Fall, so muß die Folge, die der Gesetzgeber nun einmal daran geknüpft hat, hingenommen werden. Nicht zu beanstanden wäre es dagegen, wenn das SchwG. allein darauf abgestellt hätte, daß Umstände, die an sich als „mildernde" in Frage kommen könnten, hier gegenüber der außergewöhnlichen Rohheit des Angekl. nicht als solche, d. h. als allgemeine i. S. des § 213 Halbsatz 2 StGB. anzuerkennen seien.

Möglicherweise hat das SchwG. aber sogar verkannt, daß hier ein Umstand vorliegen kann, der nach § 213 StGB. auf alle Fälle als „mildernder", d. h. als besonderer i. S. des § 213 Halbsatz 1 StGB. anzusehen ist: Der Angekl. kann ohne eigene Schuld durch eine ihm zugefügte schwere Beleidigung von seiner getöteten Frau zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden sein. Als schwere Beleidigung i. S. dieser Vorschrift kommt nicht nur ein Vergehen nach den §§ 185 ff. StGB. in Betracht, sondern jede schwere Kränkung des Totschlägers durch das Verhalten des Getöteten, also in den Beziehungen zwischen Ehegatten auch ein Ehebruch des einen Gatten, den der andere erst kurz vor der Tötung entdeckt (JW. 1930, 919[23]). Im vorl. Falle

hatte der Angekl. von dem ehebrecherischen Verhalten seiner Frau zwar schon drei Tage vor dem Totschlag Kenntnis erhalten; aber die Erregung war vielleicht, obwohl er „sein seelisches Gleichgewicht wiedergefunden hatte“, bei der Kürze der Zeit noch nicht völlig abgeklungen, und jedenfalls hatte er erst an demselben Abend, an dem der Totschlag geschah, erfahren, daß jenes Verhalten im Dorfe schon bekannt war, also seine Frau den Ehebruch in einer Weise getrieben hatte, die der Öffentlichkeit nicht verborgen geblieben war. Wenn er durch menschenunwürdige Behandlung seiner Frau die Voraussetzungen für deren ehebrecherisches Verhalten selbst mitgeschaffen hat, so schließt das nicht aus, daß er „ohne eigene Schuld“ durch eine schwere Beleidigung von ihr zum Zorne gereizt worden ist. Der Tatrichter hat zu prüfen, ob der Angekl. zu dem ehebrecherischen Verhalten seiner Frau genügende Veranlassung gegeben hat (vgl. JW. 1932, 2719[15]). Übrigens könnte natürlich, wenn der besondere Milderungsgrund des § 213 StGB. infolge eigener Schuld des Angekl. nicht vorliegen sollte, ein „anderer mildernder Umstand“ in dem Verhalten der Getöteten und in der dadurch hervorgerufenen Reizung des Angekl. gefunden werden. Das Merkmal in § 213 „auf der Stelle zur Tat hingerissen“ bedeutet, daß der Zorn den Täter zur Zeit der Tat noch völlig beherrscht, die Tötung unter dem unmittelbaren Eindruck der Reizung gestanden hat; eine gewisse Zeitspanne zwischen der Reizung und der Tötung steht einer Bejahung dieses Merkmals nicht entgegen.

Auch die Bedenken gegen die Verneinung eines der besonderen mildernden Umstände, die der § 213 StGB. vorsieht, nötigen — trotz des § 263 Abs. 2 StPO. — nicht zur Aufhebung des Schuldspruchs, sondern nur des Strafausspruchs (RGSt. 33, 325; 66, 159; Urt. 2 D 209/29).

Der Ausspruch über die Ehrenstrafe kann durch die Versagung mildernder Umstände für den Totschlag beeinflußt worden sein.

(1. Sen. v. 11. Dez. 1934; 1 D 1341/34.) [W.]

29. §§ 218, 43, 49 StGB. Ein Mann, der Frauen Abtreibungsmittel verschafft, die sich diese dann selbst beibringen, ohne daß der beabsichtigte Erfolg der Fruchtbeseitigung eintritt, ist nur wegen Beihilfe zur versuchten Abtreibung zu bestrafen.

Ein Rechtsirrtum bei Anwendung des Strafgesetzes ist insoweit festzustellen, als der Angekl. in den Fällen D. und S. wegen versuchter Abtreibung verurteilt worden ist. In diesen Fällen hat der Angekl. nicht selbst einen Eingriff vorgenommen, sondern den beiden Frauen nur Abtreibungsmittel verschafft, die diese sich dann selbst beibrachten, um die Abtreibung zu bewirken, wobei aber der gewünschte Erfolg ausgeblieben ist, bei der S., weil sie sich nur schwanger wähnte, es aber nicht war.

Das Urt. spricht sich nicht deutlich darüber aus, inwiefern der Angekl. als Täter der Abtreibungsversuche angesehen wurde.

Anscheinend hat die StrK. in beiden Fällen einen Versuch der Abtreibung nach § 218 Abs. 2 StGB. angenommen. Diese Auffassung ist aber rechtlich nicht haltbar. Denn mit der Abgabe der zur Abtreibung bestimmten Lösungen an die beiden Frauen ist noch kein Anfang der Ausführung der Abtreibung gemacht worden. Dazu hätte es wenigstens einer Handlung bedurft, die unmittelbar der Beibringung der Flüssigkeiten dienen sollte. Eine solche Handlung hat aber der Angekl. weder vorgenommen noch auch nur vornehmen wollen.

Demnach bliebe allenfalls eine Mittäterschaft nach § 218 Abs. 1 StGB. insofern übrig, als die beiden Frauen sich die Lösungen beigebracht haben, um die wirklich oder vermeintlich vorhandene Leibesfrucht abzutreiben, und der Angekl. bei der Überlassung der Mittel diesen Erfolg in seinen Willen aufgenommen hat. Eine Mittäterschaft dieser Art ist aber begrifflich ausgeschlossen. Denn § 218 Abs. 1 StGB. setzt als Täter eine Frau voraus. Dieser Grundsatz ist für den § 218 Abs. 1 a. F. in der Rspr. anerkannt (RGSt. 1, 270; 29, 419; GoltdArch. 64, 119: LZ. 1918 Sp. 1218). Daran ist durch die Neufassung der Bestimmung (Ges. v. 18. Mai 1926) nichts geändert worden (RGSt. 61, 242). Der Angekl. kann durch seine Mitwirkung die Tat der Frauen nicht als seine eigene gewollt, sondern nur den Willen gehabt haben, deren Tat zu fördern (§ 49 StGB.).

Einen selbständigen Tatbestand für das Verschaffen von Abtreibungsmitteln hat das Gesetz nur für die Fälle aufgestellt, daß dies gewerbsmäßig geschieht. Da Gewerbsmäßigkeit nicht festgestellt ist, kommt daher auch die Anwendung des § 218 Abs. 4 Satz 3 StGB. nicht in Frage.

Demnach hätte der Angekl. in den Fällen D. und S. wegen Beihilfe zur versuchten Abtreibung, begangen in zwei selbständigen Handlungen, verurteilt werden müssen.

Eine Aufhebung des Schuldspruchs ist nicht erforderlich, da insoweit der Rechtsfehler durch Berichtigung des Spruchs beseitigt werden kann. Dagegen muß der Strafausspruch aufgehoben werden, soweit er durch den Rechtsirrtum beeinflußt sein kann.

(2. Sen. v. 22. Nov. 1934; 2 D 197/34.) [W.]

30. § 223b StGB. erfordert nach der inneren Tatseite Vorsatz.

Schon aus der Stellung des § 223b und seiner Entwicklung aus dem früheren § 223a Abs. 2 StGB. ergibt sich, daß darin, wie in § 223a, besonders schwere Formen der im § 223 umschriebenen vorsätzlichen Körperverletzung herausgehoben sind. Auch die Verbindung der Gesundheitsschädigung durch böswillige Pflichtvernachlässigung mit dem Quälen und roh Mißhandeln in derselben Bestimmung weist auf das Erfordernis des Vorsatzes hin. Wegen des erwähnten Zusammenhangs mit § 223 war es nicht erforderlich, das Wort „vorsätzlich“ zu wiederholen, bei den beiden ersten Begehungsformen wäre das ohnehin überflüssig gewesen. Schwer verständlich, besonders in Ansehung der Strafdrohungen der §§ 222 und 230 StGB. wäre auch die Androhung von Zuchthaus bis zu fünf Jahren bei besonders schweren Fällen, wenn nur eine fahrlässige Herbeiführung der Gesundheitsschädigung gemeint wäre. Wo der Gesetzgeber wegen eines nicht gewollten Erfolgs eine Tat mit erhöhter Strafe bedroht, da bedient er sich zudem einer anderen Ausdrucksweise, welche den Ausschluß der vorsätzlichen Herbeiführung des Erfolgs verdeutlicht. So sagt er: „hat zur Folge“ in § 224, „ist verursacht worden“ in §§ 118, 178, 221 Abs. 3; 226, 229, Abs. 2, 239 Abs. 2 und 3, 251, 307 Nr. 1, 315 Abs. 2, 321 Abs. 2, 322 und „ist ergriffen worden“ in § 327 Abs. 2 und § 328 Abs. 2. Auch bei der fahrlässigen Tötung und Körperverletzung (§§ 222 und 230) heißt es: „wer verursacht“.

(2. Sen. v. 29. Nov. 1934; 2 D 774/34.) [W.]

31. § 259 StGB. Ein Unterhaltsberechtigter handelt auch dann seines Vorteils wegen — wenn auch nur mittelbar —, wenn er die Absicht hat, die Einnahmen des Unterhaltsverpflichteten zu erhöhen, in der Erwartung, dadurch der Familie und damit auch sich eine bessere Lebenshaltung zu ermöglichen oder den Unterhaltsverpflichteten zu einer besonderen Belohnung geneigt zu machen (vgl. hierzu die Rspr. des RG. über den hehlerischen Erwerb von Sachen durch Unterhaltsberechtigte und deren Verwertung im Geschäfte des Unterhaltsverpflichteten: RGSt. 27, 342; RGUrt. v. 29. Jan. 1924, 1 D 11/24: JW. 1924, 1739 und vom 11. Febr. 1926, 2 D 28/26: JW. 1926, 2185; Olshausen zu § 259 StGB. Anm. 20 Buchstabe c und die dort angegebenen weiteren Entsch. des RG.).

(5. Sen. v. 13. Dez. 1934; 5 D 473/34.) [L.]

32. § 263 StGB. Der Täter muß den von ihm erstrebten Vermögensvorteil gerade als Folge der durch seine Täuschungshandlung bewirkten schädigenden Vermögensverfügung des anderen, nicht etwa durch eine hiervon unabhängige eigene

Handlung, sich verschaffen wollen. Der Vermögensvorteil muß also nach seiner Vorstellung die Folge jener Vermögensverfügung sein (vgl. RGSt. 63, 255).

I. Die Rev. rügt, daß der Angekl. zu Unrecht neben erschwerter Amtsunterschlagung i. S. der §§ 350, 351 wegen eines damit rechtlich zusammentreffenden Verbrechens der Urkundenbeseitigung i. S. der §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. verurteilt worden sei.

Der Angekl. war Verwaltungsoberinspektor im bayrischen Zivilstaatsdienst und als solcher in der Verwaltung der vormals militärischen Stiftungen verwendet, wo ihm das Kassen- und Buchführungswesen der Stiftungsverwaltung unterstand.

Das LG. stellt fest, daß der Angekl. in dieser Eigenschaft auf Grund einheitlichen Vorsatzes

a) über vereinnahmte Hypothekenzinsen zwar die vorgeschriebenen Einnahmebelege ausgestellt und die Eingänge in das Hypothekenbuch hat eintragen lassen, die Zahlungen jedoch nicht in das von ihm geführte Kassentagebuch eingetragen, das Geld vielmehr zu eigener Verwendung der Kasse entnommen und die vom Hypothekenbuchführer zu ihm zurückgeleiteten Einnahmebelege vernichtet hat,

b) weiterhin aus der Kasse einen Betrag von 250 *RM* entnommen und für sich verbraucht und endlich

c) Unterstützungsempfängern statt der für sie bewilligten Unterstützungen, für die er sich quittieren ließ und die er als verausgabt in das Kassentagebuch eintrug, geringere Beträge ausbezahlt, den Unterschied aber für eigene Zwecke der Kasse entnommen und verwendet hat.

1. Die Annahme des LG., daß es sich hier um Gelder gehandelt hat, die der Angekl. als Beamter in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam hatte, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Zwar sagt das Urt. nichts darüber, welchen Charakter die „Verwaltung der vormals militärischen Stiftungen" hatte, welcher Art diese Stiftungen waren. Offenbar handelte es sich aber um die bis zum 31. März 1922 von der Militärfondskommission beim Reichsarbeitsministerium, Landesdienststelle für das Versorgungswesen in Bayern geführte, vom 1. April 1922 ab als „Verwaltung der vormaligen militärischen Stiftungen" vom Bayrischen Staat übernommene und dem Staatsministerium des Äußeren unterstellte Verwaltung der militärischen Stiftungen und Fonds (BayGVBl. 1922, 361).

Hiernach erscheinen gegen den vom LG. angenommenen amtlichen Charakter der vom Angekl., einem Staatsbeamten, verwalteten Gelder rechtliche Bedenken nicht begründet. Übrigens hat die Rev. in dieser Beziehung keine Bedenken erhoben.

Auch sonst sind zu a, b und c die Tatbestandsmerkmale des § 350 und zu a und c die des § 351 StGB. einwandfrei dargetan, insbes. nach dem Zusammenhang der Gründe festgestellt, daß der Angekl. die Einnahmen in dem Kassentagebuch absichtlich nicht eingetragen hat.

2. Das LG. hat in der Beseitigung der Einnahmebelege ein Vergehen i. S. des § 348 Abs. 2 bzw., da der Angekl. hierbei in der Absicht gehandelt habe, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, ein Verbrechen i. S. des § 349 StGB. gesehen.

Der Rev. ist darin beizupflichten, daß hierfür die tatsächlichen Feststellungen des LG. keine hinreichend sichere Grundlage bieten. Die Urteilsgründe enthalten nichts darüber, auf Grund welcher Dienstvorschriften jene Belege auszustellen waren, sondern sprechen nur formelmäßig von den durch den Angekl. „in seiner amtlichen Eigenschaft pflichtgemäß" ausgestellten Einnahmebelegen; damit ist aber nichts darüber gesagt, was deren Inhalt war, von wem (dem Angekl. oder dem Einzahlenden) sie unterzeichnet waren, ob sie für sämtliche oder nur für bestimmte, etwa die bar oder durch Postanweisung eingehenden Einzahlungen auszustellen waren und ausgestellt wurden; ebensowenig darüber, ob gerade die vom Angekl. ausgestellten Einnahmebelege für alle bei der Stiftung geführten Bücher die Eintragungsgrundlage bildeten. Vor allem erwähnen aber die Urteilsgründe keine Dienstvorschrift des Inhalts, daß, von wem und wie lange diese Einnahmebelege aufbewahrt werden mußten.

Bei dem Schweigen der Urteilsgründe über alle diese Fragen läßt sich auf Grund der bisher getroffenen Feststellungen das Revisionsvorbringen des Angekl. nicht mit der erforderlichen Sicherheit widerlegen, daß es sich bei den von ihm ausgestellten „Einnahmebelegen" nur um eine Art „Schmierzettel" gehandelt habe, die weder Datum noch Unterschrift enthielten, nur für die Benachrichtigung des Hypothekenbuchführers bestimmt gewesen seien und mit den in das Kassentagebuch vorzunehmenden Eintragungen keinen Zusammenhang gehabt hätten, und die nach Eintragung der einzelnen Einzahlungen in das Hypothekenbuch daher und beim Vorhandensein anderweiter Belege wertlos gewesen und von ihm ohne Verstoß gegen seine Pflichten hätten vernichtet werden können.

Dieses Vorbringen wird auch nicht durch die Feststellung der Urteilsgründe mit Sicherheit widerlegt, daß die Eintragungen in allen drei Büchern an der Hand der Einnahme- und Ausgabenbelege erfolgt seien, denn es ist nicht eindeutig erkennbar, ob die hier erwähnten Belege sich mit den vom Angekl. ausgestellten deckten.

Wenn auch diese Einnahmebelege nach dem, was die Urteilsgründe über sie enthalten, „Urkunden" in dem weitreichenden Sinne des § 348 Abs. 2 StGB. gewesen sein mögen, so war ihre Beseitigung doch nur strafbar, wenn sie zur Zeit dieser Beseitigung nicht schon ihre bestimmungsgemäße Erledigung gefunden hatten. Der vom LG. hervorgehobene Umstand allein, daß der Angekl. den Einnahmebeleg in dem einzigen Fall H.s, in dem derselbe mit dem (abgeänderten) Postabschnitt übereinstimmte, nicht beseitigt hat, vermag keine genügend sichere Grundlage dafür zu geben, daß eine dem Angekl. bekannte Pflicht zur Aufbewahrung der Belege noch bestanden und er diese zu dem durch § 349 StGB. unter Strafe gestellten Zweck verletzt hätte.

Das Urt. muß deshalb aufgehoben werden, und zwar, da das LG. zwischen diesem Verbrechen der erschwerten Urkundenbeseitigung und den weiter gegen den Angekl. festgestellten Verbrechen bzw. Vergehen gegen §§ 350, 351 und gegen § 263 StGB. Tateinheit angenommen hat, in vollem Umfange.

3. Sollte die neue Verhandlung wiederum zur Feststellung eines vom Angekl. begangenen Verbrechens i. S. des §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. führen, so ist darauf hinzuweisen, daß die Rev. ohne Grund die rechtliche Möglichkeit einer zwischen diesem Verbrechen und der erschwerten Amtsunterschlagung der §§ 350, 351 bestehenden Tateinheit in Abrede zieht; es wird insoweit auf RGSt. 65, 104 verwiesen, wo allerdings ausgesprochen wird, daß diese beiden Straftatbestände für die Regel zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit stehen werden.

II. Zu rechtlichen Bedenken gibt auch die Verurteilung des Angekl. wegen Betrugs Anlaß. Das LG. sieht einen solchen darin, daß der Angekl. durch seine unwahren Angaben über die Höhe des bewilligten Betrags die Unterstützungsempfänger getäuscht und dadurch veranlaßt habe, obwohl sie einen Anspruch auf den höheren Betrag hatten, die Quittung als Bestätigung über den Empfang der ihnen bewilligten Unterstützung auszustellen. Er habe in der Absicht gehandelt, sich die Möglichkeit zu verschaffen, nach seinem Gutdünken über die zurückbehaltenen Beträge zu verfügen. Er habe gewußt, daß er auf diesen Vermögensvorteil keinen Anspruch hatte.

Das LG. hat damit zwar das Tatbestandsmerkmal eines durch Täuschungshandlungen des Angekl. bei den Unterstützungsempfängern hervorgerufenen Irrtums zutreffend festgestellt. Zum Betrug gehört aber weiterhin, daß dieser Irrtum den Getäuschten zu einer Verfügung veranlaßt hat, die für ihn einen Vermögensschaden darstellt und daß der Angekl. durch diese Verfügung den von ihm erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteil sich hat verschaffen wollen.

1. Zwar lassen sich gegen die Annahme des LG., daß die Unterstützungsempfänger durch die Unterzeichnung der auf die vollen Beträge lautenden oder der noch unausgefüllten Quittungen einen Vermögensschaden erlitten haben, keine durchgreifenden Bedenken erheben. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urt. handelte es sich um „außerordentliche Unterstützungsbeträge", welche die Stiftungsverwaltung in Fällen

der Not ihrer Unterstützungsempfänger durch eine Vergebungskommission bewilligte. Auf diese Unterstützungen dürften zwar die Bedachten einen Rechtsanspruch nicht gehabt haben. Immerhin erwarben sie durch den Beschluß der Vergebungskommission eine „Anwartschaft" in Höhe der bewilligten Beträge, welche durch die Vorspiegelung des Angekl. und die Quittungsleistung der Bedachten zu deren Schaden gefährdet, im Falle des Verborgenbleibens seines Tuns unter Umständen sogar ganz vereitelt wurde.

2. Nach den Feststellungen des Urt. bleibt aber die Möglichkeit offen, daß der Angekl. durch die unter Täuschung der Unterstützungsempfänger erlangten Quittungen nur im allgemeinen eine tatsächliche Lage herbeiführen wollte, die ihm für die Zukunft ermöglichte, Unterschlagungen durch Eingriffe in die Kasse mit geringerer Gefahr der Entdeckung vorzunehmen. Das würde aber zur Annahme eines Betruges nicht ausreichen, da der Angekl. hierbei nicht durch die Verfügung der Beschädigten den rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangen wollte, sondern hierzu noch anderweite selbständige strafbare Handlungen erforderlich waren (vgl. RGSt. 63, 255). Anders liegt die Sache, wenn der Angekl. bereits den betreffenden Geldbetrag vorher durch einen Eingriff in die Kasse unterschlagen hatte, und nunmehr die Quittung betrügerisch sich verschaffte, um sich in dem Besitz des Geldes zu erhalten, was nach ständiger Rechtsprechung einer Erlangung des Vermögensvorteils gleichsteht; und ebenso ist der genügende Zusammenhang zwischen der Vermögensverfügung der Getäuschten und dem erstrebten Vermögensvorteil dann hergestellt, wenn der Angekl. die einzelnen Geldbeträge gleichzeitig oder ganz kurz nach der Erlangung der einzelnen Quittungen der Kasse entnommen hätte.

(1. Sen. v. 16. Nov. 1934; 1 D 1169/34.) [Hn.]

33. § 266 StGB. **Hat jemand für die Durchführung einer ihm von einem Wohlfahrtsunternehmen übertragenen Veranstaltung sich von der die Eintrittskarten liefernden Firma eine Provision zahlen lassen, so erfüllt dies nicht ohne weiteres den Tatbestand des Treubruchs.

Der Angekl. veranstaltete im Einverständnis mit der Nationalsozialistischen Volkswohlfahrt (NSV.) einen Volkssporttag, für den er von der Firma N. 550000 Eintrittskarten bestellte. Die Firma rechnete der NSV. in den Preis der Eintrittskarten 100 *RM* Provision für den Angekl. ein, brachte das aber in der Rechnung nicht zum Ausdruck; dem Angekl. hatte sie es vorher mitgeteilt. Die NSV. zahlte den erhöhten Preis; der Angekl. erhielt die 100 *RM* nicht ausgezahlt, da er inzwischen verhaftet worden war. Das Urteil nimmt an, daß der Angekl. sich dadurch der Untreue schuldig gemacht habe, daß er trotz der Verpflichtung, das Fest völlig unentgeltlich zu veranstalten, sich auf verstecktem Wege ein Entgelt zu Lasten der NSV. dadurch verschaffte, daß er der „Einkalkulierung" der 100 *RM* zu seinen Gunsten nicht widersprach.

Der am 1. Juni 1933 in Kraft getretene neue § 266 StGB. unterscheidet in Abs. 1 hinsichtlich des Treubruchs, ob die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, dem Angekl. kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treuverhältnisses obliegt. Wenn nun auch das Urteil betont, daß ein bestimmter Vertrag zwischen dem Angekl. und der NSV. nicht zustande kam und daß Vereinbarungen im einzelnen, besonders bzgl. einer Provision oder eines Entgelts, nicht getroffen wurden, so bleibt es trotzdem zweifelhaft, ob das Urteil nicht doch ein zwischen dem Angekl. und der NSV. bestehendes Rechtsverhältnis seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Für diesen Fall muß es als ein Mangel des Urteils bezeichnet werden, daß es sich nicht darüber ausspricht, welches Rechtsverhältnis als vorliegend angesehen wurde, ob ein Auftrag (§§ 662 ff. BGB.) oder ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§ 675 BGB.). Die sichere Feststellung dieses Rechtsverhältnisses ist deshalb von Bedeutung, weil aus ihm entnommen werden muß, ob der Angekl. gegen Entgelt oder ohne Entgelt tätig sein mußte und inwieweit eine Verpflichtung zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der NSV. bestand.

Will das Urteil das Vorliegen eines vertraglichen Rechtsverhältnisses nicht annehmen, sondern die Verurteilung lediglich auf die Verletzung eines tatsächlichen, nicht im dargelegten Sinne rechtlich gebundenen Treuverhältnisses stützen, so hätte es den Inhalt dieses Treuverhältnisses im einzelnen untersuchen und feststellen müssen. Denn der Umfang der auf einem solchen tatsächlichen Treuverhältnis beruhenden Pflicht zur Wahrnehmung von Vermögensinteressen beruht auf rein tatsächlichen Umständen, wie sie gerade in dem maßgebenden Falle vorliegen. Es darf also nicht von allgemeinen, aus dem Begriff des Treuverhältnisses gezogenen Erwägungen allein ausgegangen, sondern es muß auch auf die gerade vorliegenden besonderen Verhältnisse abgestellt und insbes. auch den für diese Verhältnisse bestehenden Übungen und Gebräuchen, wie sie sich im täglichen Leben, im Handel und Wandel herausgebildet haben, Rechnung getragen werden.

Das Urteil hat diesem Erfordernis keine Beachtung geschenkt. Denn es folgert allein aus der Tatsache, daß zwischen dem Angekl. und der NSV. ein Treuverhältnis bestanden habe, die Pflicht des Angekl., die große Arbeit der Organisation des Volksfestes, für das von der Firma N. 550000 Eintrittskarten bestellt wurden und das dann einen Reingewinn von 20000 *RM* abgeworfen hat, völlig unentgeltlich zu leisten.

Diese Forderung konnte zweifellos an den Angekl. gestellt werden, wenn eine Abmachung in diesem Sinne getroffen war. Aber das Urteil stellt gerade fest, daß eine solche Abmachung nicht vorlag. Bei diesem Sachverhalt kann die Forderung der völligen Unentgeltlichkeit nur erhoben werden, wenn besondere Umstände nicht dagegen sprechen. Das Urteil untersucht nicht, ob das der Fall ist. Es hätte sich darüber auslassen müssen, ob einzig und allein die Tatsache, daß der Angekl. zu der, hohe soziale Aufgaben betreuenden NSV. in Beziehungen stand, ihn verpflichtete, auf jede Entschädigung zu verzichten. Dabei wäre aber zu berücksichtigen, daß, wie das Urteil selbst feststellt, solche Provisionen, wie sie die Firma N. dem Angekl. zuweisen wollte, „brancheüblich" sind. Es wäre weiter zu beachten, daß der Angekl. anscheinend die Veranstaltung solcher Feste zu seinem Beruf gemacht hat und davon leben muß, und daß er ja auch bei der Veranstaltung des Beamtenbundes eine Provision bekommen hat. Von Bedeutung wäre auch, ob der Angekl. etwa von den am Fest beteiligten Wirten eine Provision erhalten hat; daß das geschah, ist nicht festgestellt und kann aus dem Eingang des Urteils nicht entnommen werden. Schließlich könnte auch nicht außer acht gelassen werden, daß die Provision von 100 *RM* im Verhältnis zu dem Reingewinn des Festes in der Höhe von 20000 *RM* als gering bezeichnet werden muß.

Die Notwendigkeit dieser Erwägungen wird nicht dadurch beseitigt, daß die Firma N., wenn sie dem Angekl. eine Provision von 100 *RM* gewährte, diesen Betrag in die von der NSV. zu begleichende Rechnung einrechnete. Denn damit, daß im Geschäftsleben entstehende und „brancheübliche" Unkosten von dem Unternehmer auf den Abnehmer abgewälzt werden, muß nach der Erfahrung des Lebens gerechnet werden.

Wie in dem zum Abdruck bestimmten Urteil des erk. Sen. 2 D 1098/34[1]) ausgeführt ist, macht der außerordentlich weit gesteckte Rahmen des äußeren Tatbestandes des § 266 StGB. es nötig, an den Nachweis des inneren Tatbestandes strenge Anforderungen zu stellen.

Das Urteil stellt fest, daß der Angekl. genau gewußt habe, daß er sich eine Provision nicht versprechen lassen durfte und entnimmt dies „auch der eigenen Einlassung des Angekl.".

Hierzu ist zu sagen, daß das Bestreben, bei der NSV. Arbeit zu finden, den Verzicht auf eine Provision für die Veranstaltung eines so großen Festes nicht ohne weiteres in sich schließt.

Dazu kommt, daß es an einer Feststellung darüber fehlt,

[1]) JW. 1935, 289[17].

ob der Angekl. wußte oder damit gerechnet hat, daß die Firma R. in der Rechnung für die NSV. es verschweigen werde, daß sie in die Kosten auch die 100 *RM* Provision für den Angekl. eingerechnet habe. Damit hängt die Frage zusammen, ob der Angekl., wenn er mit einer Täuschung der NSV. durch die Firma R. nicht rechnete, sich bewußt war, durch sein Verhalten der NSV. Nachteil zuzufügen.

(2. Sen. v. 26. Nov. 1934; 2 D 1263/34.) [W.]

34. 1. Der Begriff des „Bevollmächtigten“ im § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. hat in der Rspr. des RG. eine weitgehende Auslegung gefunden. Ein „Auftragsverhältnis“ kann hiernach insbesondere auch dann vorliegen, wenn die Verfügungsgewalt auf öffentlichem Recht beruht und kraft Gesetzes ausgeübt wird, sofern sie nur die Befugnis zur rechtsgeschäftlichen Vertretung in bezug auf fremdes Vermögen in sich schließt (RGSt. 15, 41; 56, 101; 61, 1).

2. § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. ist nicht anwendbar, wenn die benachteiligende Verfügung außerhalb jedes Zusammenhangs mit dem erteilten Auftrag steht und keine Verletzung der dem Beamten als solchem obliegenden Pflichten enthält; die Verfügung muß in einem inneren Zusammenhang mit der tatsächlich anvertrauten Machtstellung erfolgen und erst durch sie ermöglicht werden (RGSt. 32, 26; 61, 228; 62, 15).

3. Die Worte „zum Nachteil verfügen“ im § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. bedeuten nichts anderes als die Worte „das Vermögen beschädigen“ im § 263 StGB. Es wird also die wirkliche Zufügung eines Vermögensschadens erfordert, wobei je nach den Umständen des Falles schon in einer „Gefährdung“ eine Beschädigung gefunden werden kann (RGSt. 38, 266). Hierbei kommt es jedoch stets darauf an, ob nicht die schädigende Handlung zugleich einen Vorteil für den Auftraggeber mit sich bringt, durch den der Schaden aufgewogen wird. Wenn ein während längerer Zeit fortgesetztes, aus zahlreichen Einzelhandlungen bestehendes Verhalten in Betracht kommt, das sowohl nach außen hin als auch seinem inneren Wesen nach nur als ein einheitliches Ganzes beurteilt werden kann, so ist das Gesamtverhalten daraufhin zu prüfen, ob nicht die entstandenen Nachteile durch die Vorteile ausgeglichen oder sogar überwogen werden (RGSt. 65, 422).

(3. Sen. v. 3. Dez. 1934; 3 D 1088/34.) [Hn.]

35. § 267 StGB. Die Eigenschaft eines ordnungsmäßig ausgestellten Reisepasses als einer öffentlichen Urkunde beschränkt sich nicht auf die Personalien des Paßinhabers, sondern umfaßt auch die auf die Paßblätter gemachten Eintragungen der Devisenbanken in dem Sinne, daß damit zu öffentlichem Glauben bewiesen werden soll und bewiesen wird, daß dem Paßinhaber, der dieselbe Person sei, deren Lichtbild und Unterschrift sich im Paß befindet, eine Bescheinigung des Inhalts, wie von der betreffenden Devisenbank abgegeben, tatsächlich erteilt worden ist, während sich umgekehrt aus dem Mangel eines solchen Paßeintrages ergibt, daß dem Paßinhaber eine solche Bescheinigung noch nicht ausgestellt worden ist.

(5. Sen. v. 29. Nov. 1934; 5 D 275/34.) [L.]

36. §§ 302a, 302b, 302d StGB.

1. Treffen die §§ 302b (wechselmäßiges oder verschleiertes Versprechen der wucherlichen Vermögensvorteile) und § 302d (gewerbsmäßiges Betreiben des Wuchers) nebeneinander zu, so wird § 302b durch § 302d aufgezehrt. Die wechselmäßige oder verschleierte Begehung kommt dann nur für die Strafzumessung in Betracht.

2. Ermittelung des „üblichen Zinsfußes“ sowie des auffälligen Mißverhältnisses zwischen den vom Täter erzielten Vermögensvorteilen und seinen Leistungen, insbes. wenn eine Mehrzahl von Darlehnsgeschäften mit denselben Schuldnern abgeschlossen wurde.

Gegenüber der Verurteilung wegen fortgesetzten, wechselmäßig und verschleiert begangenen gewerbsmäßigen Wuchers macht die Rev. geltend, es fehle in allen vier vom Urt. für strafbar erachteten Fällen an einer Notlage der Geldsucher, die vom Angekl. bewußt ausgebeutet worden wäre. Auch bestehe zwischen den Leistungen des Angekl. und den ihm gewährten Vermögensvorteilen kein auffälliges Mißverhältnis i. S. des § 302a StGB. Jedenfalls aber seien die Erschwerungsgründe der §§ 302b und 302d vom LG. zu Unrecht angenommen worden.

Diese Rügen sind zum Teil begründet.

1. Das Urt. stellt zunächst in rechtlich nicht zu beanstandender Weise in jedem der vier Fälle fest, daß die geldsuchenden Zeugen sich, als ihnen der Angekl. Kredit gewährte, in einer Notlage befanden, die der Angekl. kannte.

a) Im Fall R. nimmt das LG. offenbar eine solche Notlage vor dem Zuschlagstermin, bis zu welchem der Zeuge die Anzahlung von 10 000 *RM* zu leisten sich dem Ersteher gegenüber verpflichtet hatte, noch nicht an. Mit Recht, denn ein Rechtszwang zur Übernahme des Grundstücks bestand für den Zeugen nach dem mit dem Ersteher abgeschlossenen Vertrag nicht. Dieser Vertrag wurde vielmehr mit Ausfall der Bedingung (der rechtzeitigen Zahlung des Angeldes) hinfällig, ohne daß hieraus dem Zeugen — soweit wenigstens — die Urteilsgründe erkennen lassen — andere Nachteile als der eines entgangenen Gewinns erwachsen wären.

Die weiteren Feststellungen des Urt. ergeben aber, daß dem Zeugen R. die rechtzeitige Rückzahlung des vom Angekl. erhaltenen Darlehens unmöglich war, da er außer den erhofften, aber ausbleibenden Amerikageldern keinerlei flüssige Mittel hatte. Er war deshalb auf Prolongierung des vom Angekl. ihm gewährten Kredits angewiesen, da die andernfalls ihm drohende Zwangsvollstreckung seine Existenzgrundlage vernichtet hätte. Hierin sieht das Urt. ohne Rechtsirrtum eine Notlage i. S. des § 302a StGB., die dem Angekl., als er dem Zeugen den Kredit verlängerte, spätestens vom August 1930 ab bekannt war.

b) Auch in den Fällen P. und W. lassen die Feststellungen des Urt., daß jeder dieser Zeugen sich, als ihm der Angekl. Kredit gewährte, in einer diesem bekannten Notlage befand, keinen Rechtsirrtum erkennen.

c) Für den Fall Wa., dem der Angekl. seit 1928 bis zu einer schließlichen Gesamthöhe von 90 000 *RM* Kredite zu hohen Zinssätzen gewährt hat, gilt jedenfalls vom September 1930 ab das gleiche: Dem Geschäft des Wa. blieb damals, vornehmlich auch infolge der vom Angekl. schon seit Jahren und auch über den letztgenannten Zeitpunkt hinaus berechneten hohen Zinsen, nicht einmal zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftsunkosten das Erforderliche übrig; vollends die zur Prolongierung erforderlichen Barbeträge und Kundenpapiere konnten nicht mehr aufgebracht werden, so daß Wa. zu Fälschungen als Aushilfe griff.

Der Angekl. hat nach den Feststellungen des Urt. spätestens im September 1930 erkannt, daß Wa. die hohen Zinsen für die Wechseldiskontierungen sowie für die Einlösung von Postschecks und Kundenschecks in Fällen dringenden Geldbedürfnisses nur bezahlte, weil er dem Angekl. ausgeliefert war.

2. Was dagegen die Urteilsgründe zur Frage des auffälligen Mißverhältnisses zwischen den dem Angekl. von den Schuldnern gewährten Vorteilen und seinen Leistungen ausführen, vermag die Verurteilung des Angekl. wegen Wuchers nicht zu stützen. Das LG. stellt zunächst im Falle R. lediglich mit den Worten des Gesetzes fest, daß die Vor-

teile, die der Angekl. sich gewähren ließ, angesichts des üblichen Zinsfußes nach den Umständen des Falles in auffälligem Mißverhältnis zu den Leistungen des Angekl. gestanden seien. Im Zusammenhang mit den Fällen P. und W. wird dann auch für den Fall R. ausgesprochen, daß nach dem Gutachten der Sachverständigen unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden und im einzelnen von den Sachverständigen gewürdigten Umstände dem Angekl. als angemessener Zinssatz 13½, höchstens 14% zugebilligt werden könnten. Ob darin der „übliche Zinsfuß" i. S. des § 302a gesehen wird, oder wie hoch dieser sonst zu bemessen sei, darüber spricht sich das Urt. nicht aus.

In den Fällen R., P. und Wa., offenbar auch W., hat sich der Angekl. nach den Feststellungen des Urt. die Mittel für die von ihm gewährten Kredite durch einen Wechselkredit bei der Stadtsparkasse gegen Verpfändung seines Grundbesitzes verschafft, für den er an Zinsen, Provision und sämtlichen Nebenkosten insgesamt, und zwar offenbar auch im Falle R., nicht mehr als 12% jährlich hat bezahlen müssen.

Bei der Erörterung des Falles Wa. werden weder über die Höhe des üblichen Zinsfußes noch auch über die dem Angekl. höchstens als angemessen zuzubilligende Vergütung ausdrückliche Feststellungen getroffen. Doch läßt sich dem Urt. im Zusammenhang wohl entnehmen, daß auch für diesen Fall der Höchstsatz 13½ bis 14% als angemessen angesehen werden will.

Demgegenüber hat der Angekl. von allen vier geldsuchenden Zeugen für die ihnen gewährten Kredite ungleich höhere Vergütungen bezogen; diese beziffert das Urt. im Fall R. auf 35%, im Fall P. auf 35, im Fall W. auf 48 und 180% und im Fall Wa. auf 35, 42, 32, 23 (14)%, jeweils auf den Jahresdurchschnitt umgerechnet.

3. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes bildet für die Verurteilung wegen Wuchers den Ausgangspunkt, ob die vom Angekl. erzielten Vermögensvorteile den üblichen Zinsfuß überschreiten; daß dessen Höhe zunächst festgestellt werden muß, ist daher selbstverständlich; daß dies nicht geschehen ist und daß zwischen diesem üblichen und dem äußerstenfalls dem Angekl. als angemessen im Einzelfall zuzubilligenden Zinsfuß nicht klar unterschieden wird, ist ein grundsätzlicher Mangel des angefochtenen Urt.

a) Als üblich ist der Zinsfuß anzusehen, der zur fraglichen Zeit in der fraglichen Gegend für Darlehen, die unter ähnlichen Umständen hingegeben wurden, im redlichen Geschäftsverkehr üblich war (RGSt. 60, 216, 221). Dieser übliche Zinsfuß wird bei sonst gleichen Umständen verschieden hoch sein, je nachdem es sich um gesicherten oder ungesicherten Kredit handelt. Er kann verschieden sein je nach dem Zweck der Darlehensgewährung, ob es z. B. zur Befriedigung vorübergehender Bedürfnisse, kleiner Anschaffungen, dienen oder in einem wirtschaftlichen Unternehmen arbeiten soll. Es kann also in jedem der vier vom Urt. für strafbar erachteten Fälle der übliche Zinsfuß ein anderer sein, und jedenfalls kann er zu den verschiedenen Zeiten verschieden hoch gewesen sein. In allen diesen Richtungen enthält das angefochtene Urt. keinerlei Feststellungen.

b) Mit der Höhe dieses Zinsfußes sind die hierauf zu ermittelnden Vergütungen zu vergleichen, die der Angekl. sich von seinen Schuldnern hat gewähren lassen. Es kann genügen, wenn hier, wie es das LG. getan hat, lediglich der vom Angekl. jährlich erzielte Durchschnittszins festgestellt wird; dann nämlich, wenn die innerhalb eines Jahres abgewickelten Geschäfte gleichartig waren, und die Zinsverhältnisse, insbes. auch die Höhe des üblichen Zinsfußes, sich innerhalb dieser Zeit nicht geändert haben; andernfalls müssen für die jeweils entscheidenden Zeitpunkte oder Geschäfte die erzielten Gewinnsätze besonders festgestellt werden. Das LG. hat nun zwar im Falle W. die bei Wechseldiskontierungen und die bei der Einziehung von Kundenschecks vom Angekl. berechneten Vergütungen je besonders (mit 48 und 180%) berechnet; im Fall Wa. spricht sich das Urt. hierüber nicht eindeutig aus; jedenfalls läßt sich den Gründen nicht entnehmen, wieviel Zinsen der Angekl. dem Wa. für die Einziehung der Post- und Kundenschecks berechnet hat, da über die Dauer der in diesen Fällen erfolgten Kreditgewährung nichts gesagt ist. Auch für die Wechseldiskontierungen ist, da ein strafbares Verhalten des Angekl. erst im zweiten Teil des Jahres 1930 angenommen wird, mit der Feststellung des Jahresdurchschnittssatzes von 32% für dieses Jahr eine ausreichende Grundlage für die vom Gesetz vorgeschriebene Vergleichung nicht gegeben. Hier hätte vielmehr festgestellt werden müssen, welche Vergütungen der Angekl. von dem Zeitpunkt ab bezogen hat, als er von der Notlage dieses Zeugen Kenntnis hatte und sich deshalb strafbar machte, d. h. vom September 1930 ab. Auch für das Jahr 1931, in welchem der Angekl., wie das Urt. feststellt, nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens über die Firma Wa. vom November ab die Zinsen auf einen angemessenen Satz herabsetzte, genügt aus dem gleichen Grunde die Festsetzung des Jahresdurchschnittsatzes nicht.

c) Übersteigen diese vom Angekl. erzielten Vergütungen den festgestellten üblichen Zinsfuß, so ist gleichwohl eine Bestrafung wegen Wuchers nur möglich, wenn dies in einem solchen Umfang geschehen ist, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen. Dies ist vom Standpunkt des Gläubigers aus zu beurteilen, wobei alle Umstände des Einzelfalles, insbes. die Gesamtheit seiner vermögensrechtlichen Aufwendungen und Gestehungskosten einschließlich einer etwaigen Risikoprämie zu berücksichtigen sind (vgl. RGSt. 60, 216, 219, 221). Es ist also zu ermitteln, welcher Zinssatz unter Berücksichtigung dieser Umstände höchstens vom Angekl. im Einzelfall billigerweise hätte berechnet werden dürfen; dieser Zinssatz kann dann mit den vom Angekl. tatsächlich erzielten Vergütungen verglichen werden; dabei ist die Dauer der Darlehnsgewährung, die Höhe der kreditierten Beträge, der Umfang der auf Zinsen und Hauptsumme zurückgezahlten Teilbeträge, d. h. also das bisherige Zeitmaß der Rückzahlungen und die dadurch gekennzeichnete Zahlungsfähigkeit und -willigkeit des Schuldners und schließlich die vom Angekl. übernommene Verlustgefahr von Bedeutung; ob das LG. diese Gesichtspunkte berücksichtigt hat, läßt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen. Mit der Feststellung eines Durchschnittssatzes von 13½—14% als der in allen Fällen angemessenen Vergütung hat es seiner Prüfungspflicht nicht genügt.

Geht man davon aus, daß der Angekl. an die Sparkasse durchweg 12% Jahreszinsen bezahlt hat, so bleibt bis zu jenen 14% unter Berücksichtigung einer angemessenen Provision des Angekl. für die auf Beschaffung, Hingabe und Rückerlangung des Geldes aufgewendete Mühe und eines Betrages für seine allgemeinen Unkosten kaum mehr Raum für eine Risikoprämie.

Daß aber eine solche in allen vier Fällen in Frage kam, kann bei der Art der von ihm finanzierten Geschäfte nicht zweifelhaft sein. Diese Prämie hätte für jeden der vier Geldsucher unter Berücksichtigung der bei ihm bestehenden besonderen Umstände, seiner Vermögenslage, der besonderen Art seines Geschäftsbetriebes, des Umfanges und der jeweiligen Dauer der einzelnen Kreditierung sowie der sich hieraus ergebenden Verlustgefahr gesondert festgestellt werden müssen.

Soweit mit einem Zeugen verschiedenartige Geschäfte abgeschlossen worden sind, ist eine Pauschalberechnung nicht zulässig, es muß vielmehr jeder Fall für sich geprüft werden, schon allein deshalb, weil, wie oben dargelegt, je nach der Art des Geschäfts auch „der übliche Zinsfuß" verschieden sein kann.

Eine besondere Beurteilung wird hierbei die Honorierung der eigenen Post- und der Kundenschecks der Zeugen W. und Wa. durch den Angekl. erfordern, bei denen nach den Feststellungen des Urt. die Verlustgefahr nur sehr gering war.

Im allgemeinen wird hierbei auch zu prüfen sein, ob etwa und gegebenenfalls in welchem Umfang die vom Angekl. genommenen Vergütungen nicht bloß Zins- und Provisionscharakter hatten, sondern vielleicht zugleich auch Rückzahlungen auf die Hauptsumme enthielten. Es müßten dann freilich

vom Angekl. entsprechende Abschreibungen von der Hauptsumme gemacht worden sein, wofür die landgerichtlichen Feststellungen bis jetzt keine Anhaltspunkte bieten.

Erst wenn unter Berücksichtigung aller dieser Umstände in jedem Fall festgestellt ist, welche Höchstvergütung dem Angekl. billigerweise zugestanden werden kann, wird sich aus deren Vergleichung mit den von ihm tatsächlich bezogenen Vergütungen beantworten lassen, ob hier von einem auffälligen Mißverhältnis zu sprechen ist.

4. Hat alsdann der Angekl. die tatsächlichen Verhältnisse, welche für den Wert von Leistung und Gegenleistung sowie für das auffällige Mißverhältnis zwischen beiden maßgebend sind, gekannt, und die ihm gleichfalls bekannte Notlage der Zeugen bewußt ausgenützt, so ist er des Wuchers schuldig (vgl. Urt. v. 19. Febr. 1934, 2 D 1230/33: JW. 1934, 1124[18]).

5. Die Rev. rügt weiterhin, daß in allen vier zum Gegenstand der Verurteilung gemachten Fällen die Annahme des LG., der Angekl. habe sich die wucherlichen Vermögensvorteile „wechselmäßig" versprechen lassen, keine ausreichende Grundlage habe. Die Urteilsgründe enthalten in diesem Zusammenhang lediglich nach der Besprechung des Falles Wa. den Satz, es bedürfe keiner näheren Darlegung, daß die erschwerenden Voraussetzungen des § 302b StGB. — verschleierter und wechselmäßiger Wucher — vorgelegen haben.

Ein wechselmäßiges Versprechen von Vermögensvorteilen liegt nur vor, wenn die Wechselform dazu benutzt ist, gerade durch sie die in der Wechselsumme enthaltenen wucherischen Vorteile zu erlangen. Der Umstand allein, daß ein Wechselverkehr zwischen Täter und Bewucherten dem ersteren den Anlaß gegeben hat, sich wucherische Vergütungen versprechen zu lassen, reicht nicht aus.

a) Im Falle R. scheidet § 302b schon deshalb aus, weil hier der Angekl. sich die wucherischen Vermögensvorteile gar nicht (schriftlich oder mündlich) hat „versprechen" lassen, R. ihm vielmehr — weil er nämlich sonst den Kredit nicht verlängert zu erhalten befürchtete — die Wucherzinsen jeweils ohne besondere Aufforderung mit dem Prolongationsakzept zugeschickt hat, so daß der sie entgegennehmende Angekl. sie sich nur (i. S. des § 302a StGB.) hat „gewähren" lassen.

Es bezog sich in diesem Fall die Wechselhingabe, jedenfalls bei den hier allein in Frage kommenden Prolongationswechseln, nur auf die geschuldete Hauptsumme, die vom Angekl. angenommenen wucherischen Vermögensvorteile dagegen sind in bar gegeben worden (RGRspr. 7, 486).

Auch für die Annahme einer verschleierten Form des Wuchergeschäfts liegt kein Anhaltspunkt vor.

b) Auch in den drei anderen Fällen enthalten die Urteilsgründe jedenfalls keine ausdrücklichen Feststellungen, aus denen sich ergeben würde, daß die wucherischen Vergütungen für die Kreditgewährung dem Angekl. in wechselmäßiger Form versprochen worden wären. Es mag sein, daß bei den Wechseldiskontierungen die Zeugen, denen von der Wechselsumme nur der nach Abzug von Diskont, Provision und den hohen Spesen verbleibende Restbetrag ausbezahlt wurde, sich durch Abgabe ihres Indossaments auf den dem Angekl. gegebenen Wechseln wechselmäßig zur Haftung für die volle Wechselsumme bei Verfall und Notleiden des Wechsels verpflichtet haben; das LG. trifft jedoch in dieser Richtung keinerlei tatsächliche Feststellung. Ebensowenig kann den bisher festgestellten Tatsachen entnommen werden, daß diese Zeugen die Diskontsätze in verschleierter Form dem Angekl. versprochen hätten.

Auch die Annahme der Gewerbsmäßigkeit des Wuchers würde noch näher darzulegen sein. Sollte die neue Verhandlung neben der Anwendbarkeit des § 302b ein gewerbsmäßiges Handeln des Angekl. i. S. des § 302d ergeben, so würde § 302b durch § 302d aufgezehrt (vgl. über das entsprechende Verhältnis der §§ 224 und 226 zu § 223a: RGSt. 63, 423), so daß die wechselmäßige oder verschleierte Begehung des Wuchers nur für die Frage der Strafzumessung in Betracht käme (vgl. Olshausen zu § 302d Anm. 2).

(1. Sen. v. 28. Sept. 1934; 1 D 817/34.) [Hn.]

37. §§ 308, 368 Ziff. 6 StGB.; § 429a StPO. **Die Entscheidung darüber, ob die Handlung eines Zurechnungsunfähigen im Falle seiner Zurechnungsfähigkeit als Verbrechen oder Vergehen zu gelten hätte, hängt keineswegs immer nur von der Ermittlung des äußeren Hergangs ab.**

Die dem Senat obliegende Prüfung des Vorhandenseins der Klage oder des sonstigen Antrags der StA. und des Eröffnungsbeschlusses ergibt, daß das angefochtene Urt. in dem durch die §§ 429a bis d StPO. geregelten Sicherungsverfahren ergangen ist. Die Antragsschrift des StA. bezeichnet sich zwar als Anklage. Sie stützt jedoch das Verlangen nach Eröffnung des Hauptverfahrens unter Anführung des § 42b StGB. auf das Vorbringen, daß der Beschuldigte im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit gehandelt habe, und stellt die Anordnung der dementsprechenden Maßregel der Sicherung und Besserung als ihr alleiniges Ziel auf. Der Eröffnungsbeschluß aber weist auf die „§§ 429 ff. StPO." — womit nur die §§ 429a bis d StPO. gemeint sein können —, als auf die anzuwendenden Verfahrensvorschriften hin und spricht sich dahin aus, daß das Hauptverfahren zwecks Anordnung der um der öffentlichen Sicherheit willen erforderlichen Unterbringung des Beschuldigten in einer Heil- oder Pflegeanstalt eröffnet wird. Hiermit erklärt es sich, daß das Urt. des LG., während es äußerlich so abgefaßt ist, als ob es der Erledigung eines gegen den BeschwF. als Angekl. gerichteten Strafverfahrens zu dienen hätte, trotz der Verneinung der Schuld keine Freisprechung enthält.

Was der BeschwF. gegen die Anordnung des angefochtenen Urt. vorträgt, geht fehl. Dies trifft insbesondere auf den Einwand zu, daß „die Tat harmlos, das Urt. aber schwer sei". Eine Erwägung solcher Art kann den StA., dem kein Zwang zur Stellung des Antrags nach § 429a StPO. auferlegt ist, vom Antrag abhalten (Löwe-Rosenberg, StPO. § 429a Note 4); sie hat dagegen bei der Entsch. des Gerichts über den Antrag keinen Raum mehr. Denn § 42b StGB. schreibt die Anordnung der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt gegenüber dem Täter, der eine als Verbrechen oder Vergehen strafbare Handlung im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit begangen hat, für den Fall zwingend vor, daß die öffentliche Sicherheit die Maßregel erfordert. Bei der Entsch. über das Vorliegen dieses Erfordernisses aber kommt es weniger auf den Schaden, der mit der einzelnen Handlung verbunden war oder nach der Erfahrung des Lebens aus ihr hervorgehen konnte, sondern vielmehr darauf an, ob die dauernden Eigenschaften des zurechnungsunfähigen Täters besorgen lassen, daß er weitere erhebliche Angriffe auf strafrechtlich geschützte Güter ausüben werde, wenn nicht seine Unterbringung in der Anstalt stattfindet. Die hierauf bezüglichen Ausführungen des angefochtenen Urt. sind vollständig und lassen keinen Rechtsirrtum erkennen.

Das Urt. des LG. muß jedoch aufgehoben werden, weil nicht nachgewiesen ist, daß die vom BeschwF. im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit begangene Handlung sich so, wie § 42b Abs. 1 StGB. dies voraussetzt, als ein Verbrechen oder Vergehen und nicht vielmehr nur als eine Übertretung darstellen würde, wenn nicht der BeschwF. wegen der Geistesschwäche unfähig gewesen wäre, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

Zwar fehlt es an einem Anhalt dafür, daß das LG. den Begriff der Waldung i. S. des § 308 StGB. verkannt habe. Das angefochtene Urt. läßt aber die Angabe von Tatsachen, die das demselben Strafgesetz eigentümliche Merkmal des Inbrandsetzens erfüllen könnten, durchaus vermissen. Das Inbrandsetzen bedeutet auch insoweit, als die Anwendung des § 308 StGB. in Betracht kommt, die Herbeiführung eines Erfolgs; dieser tritt ein, wenn der im Gesetz angegebene Gegenstand selbst, also beim Wald ein Stück der Hochstämme oder des Unterholzes, aus denen er besteht, vom Feuer derart ergriffen ist, daß das Feuer sich ohne die Einwirkung neuen Zündstoffes fortzuentwickeln vermag (RGSt. 40, 321). Die Gründe des landgerichtlichen Urt., in denen vom Löschen

eines entstandenen Brandes nicht die Rede ist, lassen die Möglichkeit offen, daß der BeschwF. nur im Wald liegendes, abgebrochenes, dürres Holz angezündet hat und daß das so von ihm angefachte Feuer, ohne den Wald selbst zu erfassen, infolge der Ende Februar herrschenden Feuchtigkeit des Bodens erloschen ist. War dies der Fall, so kann der äußere Hergang — für sich allein betrachtet — zunächst lediglich als eine Verwirklichung des in § 368 Nr. 6 StGB. bestimmten Tatbestands angesehen werden. Dann wäre also — mangels weitergehender Feststellungen — die Bestrafung des BeschwF., sofern ihn nicht der auf seiner Geistesschwäche beruhende Schuldausschließungsgrund vor Strafe schützen würde, nur wegen der Übertretung des Anzündens von Feuer an gefährlichen Stellen im Wald begründet, wonach die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt gem. § 42b StGB. nicht angeordnet werden könnte.

Indes hängt die Entsch. der Frage, ob die Handlung eines zurechnungsunfähigen Täters im Fall der Zurechnungsfähigkeit der Bestrafung als Verbrechen oder Vergehen unterfallen würde, keineswegs immer nur von der Ermittlung des äußeren Hergangs ab. Vielmehr bedürfen in Sachen der vorliegenden Art regelmäßig auch die Vorstellungen und Regungen des Täters, aus denen die Handlung hervorgegangen ist, der Erörterung. Die Möglichkeit, daß der BeschwF. in einem bewußtlosen oder willenlosen Zustand gehandelt habe, schied nach der im Urt. enthaltenen Schilderung aus. Das Verhalten des geistesschwachen BeschwF. ließ für die Zeit der Handlung erkennen, daß die Erscheinungen der Außenwelt Gedanken in ihm hervorriefen und daß er seinen Willen an solchen Gedanken zu einer bestimmten Einwirkung auf den Gang der Ereignisse bildete. Die schuldausschließende Abweichung seiner inneren Verfassung von der eines vollsinnigen Menschen bestand nur darin, daß er wegen der Unzulänglichkeit seiner geistigen Kräfte entweder das Unerlaubte der Tat nicht einsehen oder dem Antrieb zur Tat nicht die Hemmungen entgegenstellen konnte, die bei gesunder Veranlagung genügende Widerstandskraft verleihen, oder daß es ihm in beiden Beziehungen, am Verstand und am Willen gebrach. Das LG. mußte sich deshalb mit der Frage befassen, ob der BeschwF., als er das Feuer anzündete, seine Gedanken nicht über die unmittelbar herbeigeführte Veränderung hinausschickte, ob er also insbesondere etwa nur darauf ausging, sich am Anblick der aus dem dürren Reißig ausstrahlenden Flammen zu ergötzen, oder ob es ihm darum zu tun war, daß das Feuer einen im Boden wurzelnden Baum oder Strauch ergreife und sich darin mit der Kraft zu selbständiger Fortentwicklung festsetze. Wäre nachzuweisen, daß der BeschwF. die Inbrandsetzung des Waldes beim Anzünden des Feuers solchermaßen gewollt habe, so könnte und müßte in seiner Tat, wenn der Erfolg ausblieb, doch ein versuchtes Verbrechen der Brandstiftung i. S. des § 308 mit § 43 StGB. erblickt werden; während die Strafbarkeit entfallen würde, weil der Schuldvorwurf nicht begründet ist, wären die sachlichen Voraussetzungen der in § 42b StGB. vorgeschriebenen Maßregel beim Hinzutreten des dort in Rücksicht auf die öffentliche Sicherheit bestimmten Erfordernisses erfüllt.

Insgesamt verlangt demnach die Stellungnahme zu dem Antrag, mit dem die StA. eine an sich in den Geschäftskreis der Verwaltungsbehörde fallende Maßregel im gerichtlichen Sicherungsverfahren erstrebt — weit über die bisher bereitete Aufklärung hinaus — sorgfältige Erhebungen, die sowohl auf den äußeren Hergang der Handlung des BeschwF. als auch auf die zugrunde liegenden inneren Bewegungen zu erstrecken sind.

(4. Sen. v. 23. Nov. 1934; 4 D 1334/34.) [W.]

38. §§ 323, 265 StGB. § 323 StGB. erfordert keine „Gefahr", die über die dem Versenken eines Schiffes an sich anhaftende Gefährdung der Besatzung hinausgeht. Zum Tatbestand des § 265 StGB. reicht es aus, daß der Täter sich einen Sachverhalt vorstellt, der zu einer betrügerischen Schädigung des Versicherten führen soll.

Der Angekl. S. hat in der Nacht zum 27. Febr. 1934 sechs bis sieben Seemeilen südlich der Küste von Island auf der Höhe von Rehkjanaes den Fischdampfer „Wodan" der „K."-AktG. in W. versenkt. Er war als erster Maschinist auf dem Fischdampfer angestellt. Die Versenkung hat er in der Weise bewirkt, daß er das Schiff absichtlich vollaufen ließ. Zu diesem Zweck hatte er, als sich das Schiff vor der Ausreise in G. zur Überholung im Trockendock befand, am Seeventil der Kühlwasserpumpe eine Änderung vorgenommen, die es ermöglichte, dieses Ventil durch einen einfachen Handgriff zu öffnen und alsdann durch die Lenzleitung Wasser in den Maschinenraum einströmen zu lassen. Zum Versenken des Schiffes hatte ihn — ohne daß nähere Einzelheiten über die Art und Weise des Vorgehens besprochen wurden — der Mitangekl. K. durch das Versprechen einer Belohnung von 10000 RM und sonstiger Vorteile bestimmt. K. war an der „K."-AktG. mit 25% des Grundkapitals beteiligt; er war Mitglied des Aufsichtsrats der Gesellschaft; auch hatte ihn der Aufsichtsrat als „Delegierten" in den Vorstand der AktG. entsandt. „Er kümmerte sich eingehend um die Verwaltung der Firma und war berechtigt, täglich die gesamten Geschäfte zu überprüfen." Vorstand der „K."-AktG. war der Kaufmann Sch. Ihm war von dem Vorhaben des Angekl. K. nichts bekannt.

Die „K."-AktG. hatte den Dampfer „Wodan" mit 180000 RM bei deutschen und mit 1000 Pfund Sterling bei englischen Gesellschaften versichert. Diese Versicherungen deckten den Wert des Schiffes einschließlich Ausrüstung und Ladung. Außer diesen von der Gesellschaft selbst abgeschlossenen Versicherungsverträgen hatte der Angekl. K. kurz vor dem hier fraglichen Vorfall — am 18. Dez. 1933 — durch Vermittlung der Firma W. in H. bei der Firma C. in H. für die Firma „Friedrich K." in W., deren alleiniger Inhaber der Angekl. K. war, noch eine weitere Versicherung in Höhe von 40000 RM für den Dampfer „Wodan" — und zwar nur gegen Vollverlust des Schiffes („Interesse auf gehaltene Fahrt") — abgeschlossen und die Prämie vor der Ausreise des Dampfers bezahlt; den anderen Organen der Gesellschaft und deren Versicherern hatte er von dieser Versicherung keine Kenntnis gegeben.

Das SchwG. hat den Angekl. S. des Verbrechens gegen § 323 StGB. in Tateinheit mit Verbrechen gegen § 265 StGB. und den Angekl. K. der Anstiftung zu der Tat des Angekl. S. für schuldig befunden.

I. Die Angekl. wenden sich ausdrücklich nur gegen die Verurteilung nach § 323 StGB. Sie sind der Meinung, es fehle in dem angef. Urt. der Nachweis dafür, daß S. durch das Versenken des Schiffes „Gefahr für das Leben eines anderen" herbeigeführt habe und daß sich die Angekl. dieser Gefährdung von Menschenleben bewußt gewesen seien.

1. Das SchwG. hat hierzu folgendes erwogen:

Der Dampfer „Wodan" habe sich im Zeitpunkt der Versenkung auf See, wenigstens sechs Seemeilen vom nächsten Land entfernt, befunden. Es sei Nacht gewesen; es habe ruhiges Wetter mit guter Sicht geherrscht; einige andere Fischdampfer seien in der Nähe gewesen. Der Dampfer „Wodan" habe nur ein Rettungsboot geführt (ob dieses Boot für die gesamte Besatzung gereicht haben würde, ist nicht festgestellt; doch ergibt sich aus dem angef. Urt., daß es zweier Fahrten mit dem Boot bedurft hat, um die Besatzung zu dem Fischdampfer „Essen", der auf die Notzeichen des sinkenden Schiffes herangekommen war, zu überführen). Eine Landung an der Küste Islands sei wegen der davorliegenden Felsen auf weite Strecken unmöglich und auf jeden Fall mit erheblichen Gefahren verbunden. Das Wetter sei in dem fraglichen Teil der See äußerst unsicher; mit plötzlichem Auftreten von Schneestürmen und Nebel müsse dort jeden Augenblick gerechnet werden. Das SchwG. ist der Meinung, daß unter diesen Umständen das Versenken des Schiffes das Leben der Besatzungsangehörigen gefährdet habe. Eine solche Gefahr habe schon insofern bestanden, als sich beim Klarmachen des Rettungsbootes Schwierigkeiten hätten ergeben können, ferner insofern, als sich infolge der in derartigen Lagen unvermeidlichen Erregung der Besatzungsmitglieder Zwischenfälle hätten ergeben können, die das Leben der Besatzung oder

einzelner ihrer Mitglieder gefährdet haben würden. Auch habe die Möglichkeit bestanden, daß die in der Nähe liegenden Dampfer die Notsignale des „Wodan“ gar nicht oder noch später als tatsächlich geschehen bemerkt hätten; insbes. aber habe sich aus der erwähnten Gestaltung der Küste und der Unsicherheit der Wetterverhältnisse in der fraglichen Gegend eine Lebensgefahr für die Besatzungsmitglieder infolge der Versenkung ergeben.

Die Rev. sind der Meinung, daß es der Feststellung einer „besonderen, über die dem Versenken eines Schiffes nun einmal anhaftende Gefährdung der Besatzung“ hinausgehenden Gefährdung bedurft habe; es müßten „besondere Umstände“ dargetan sein, um eine den Erfordernissen des § 323 StGB. entsprechende Lebensbedrohung annehmen zu können.

Diesen Ausführungen vermag sich das erk. Gericht nicht anzuschließen. Es trifft keineswegs zu, daß die Versenkung eines Schiffes „zwangsläufig“ das Leben anderer Personen als des Täters, insbes. das der Besatzung, gefährdet; es ist vielmehr denkbar, daß eine Versenkung ohne jede Gefahr für Menschenleben durchgeführt wird. Es trifft deshalb auch nicht zu, daß § 323 StGB., wenn er als Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes die Gefährdung eines Menschenlebens aufstellt, damit nur eine Gefährdung gemeint haben könne, die „über die dem Versenken eines Schiffes zwangsläufig anhaftende Gefährdung der Besatzung“ hinausgehe.

Richtig ist nur so viel, daß es allerdings der Herbeiführung einer wirklichen, „konkreten“, nicht nur eingebildeten Gefahr bedarf, daß, wie sich das SchwG. ausdrückt, für die Verwirklichung der Gefahr „eine gewisse Wahrscheinlichkeit“ bestehen muß. Es genügt also — anders als nach § 306 Ziff. 2 StGB. — nicht die (rein „abstrakte“) Gefährdung, die sich daraus ergibt, daß sich auf dem Schiffe außer dem Täter noch andere Menschen befinden; es reicht auch nicht eine ganz entfernte Möglichkeit aus. Auf der anderen Seite dürfen aber an dem Nachweis einer Lebensgefährdung auch nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden; denn es liegt nahe, daß derartige Gefahren gerade bei der Versenkung von Schiffen regelmäßig vorhanden sein werden. Eine Gefahr, die innerhalb vernünftiger Lebenserfahrungen liegt, genügt jedenfalls, um das erwähnte Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes des § 323 StGB. nachzuweisen (vgl. RGSt. 25, 312). Diese Auslegung des Begriffes der „Gefährdung“ entspricht dem, was in der Rspr. des RG. auch für andere rechtliche Vorschriften anerkannt ist, die diesen Begriff verwenden (vgl. z. B. RGSt. 62, 55).

Daß im gegenwärtigen Falle durch das Versenken des Schiffes eine Gefahr für das Leben der Besatzungsmitglieder herbeigeführt worden ist, hat das angef. Urt. ohne Rechtsirrtum dargelegt. Das SchwG. hat seine Überzeugung, daß durch die Versenkung eine solche Gefahr geschaffen worden ist, aus den örtlichen und zeitlichen Umständen geschöpft, unter denen der Angekl. S. die Versenkung vorgenommen hat; es hat nicht nur „theoretische Erörterungen“ angestellt, sondern die tatsächlichen Verhältnisse des Falles ins Auge gefaßt. Daß tatsächlich die Besatzung unversehrt von einem anderen Dampfer hat aufgenommen werden können und daß die Lebensgefährdung nach den Umständen nicht unmittelbar auf der Hand lag, schließt die Anwendbarkeit des § 323 StGB. noch nicht aus.

2. Auch der innere Tatbestand des § 323 StGB. ist bei beiden Angekl. nachgewiesen.

a) Das SchwG. erwägt, der Angekl. S. habe „als seebefahrener Mann gewußt, welche Gefahren beim Untergang eines Schiffes drohten“. Damit meint das SchwG., wie sich aus seinen weiteren Ausführungen ergibt, daß sich der Angekl. der aus den gegebenen Umständen für die übrigen Mitglieder der Besatzung hervorgehenden Lebensgefährdung bewußt geworden sei. Ausdrücklich wird auch festgestellt, daß der Angekl. — der schon seit zehn Jahren auf Fischdampfern in der Gegend von Island gefahren sei — auch die Eigenartigkeit der dortigen Wetter- und Küstenverhältnisse gekannt habe. Das genügt zum Nachweis des Vorsatzes.

b) Das SchwG. stellt ferner fest, auch der Angekl. K. sei sich bewußt gewesen, daß durch das Versenken des Dampfers Menschenleben gefährdet würden. Zwar habe er den Angekl. S. gefragt, ob dieser das Schiff auch „ohne Gefährdung von Menschenleben“ versenken könne, was S. bejaht habe. Allein dieser Zusatz sei „doch in gewissem Grade nur eine Redensart“ gewesen. „S. habe immerhin noch sein eigenes Leben aufs Spiel gesetzt, während K. in Sicherheit geblieben sei. Er (K.) habe sich gar nicht darum gekümmert, auf welche Weise S. die Tat ausführen und ob das in mehr oder weniger gefährlicher Weise geschehen würde. Wenn es ihm wirklich darauf angekommen wäre, das Leben anderer in keiner Weise zu gefährden, so würde er diesen Punkt viel eingehender mit S. besprochen und diesem genauere Verhaltungsmaßregeln gegeben haben. Dadurch, daß er das nicht getan habe, habe er gezeigt, daß es ihm in Wirklichkeit auf diesen Punkt nicht so sehr angekommen sei und daß er die bei einem Schiffsuntergang naheliegende Gefährdung von Menschenleben bewußt in Kauf genommen habe.“

Diese Ausführungen würden Bedenken erwecken, wenn sie dahin zu verstehen wären, daß das SchwG. den § 323 StGB. auch in einem Falle für anwendbar halte, in dem Anstifter und Angestifteter ausschließlich mit einer Gefährdung des Lebens des Angestifteten rechnen.

Für die Frage, ob sich der Angekl. K. der Anstiftung des Angekl. S. zu dessen Tat schuldig gemacht hat, kann es nicht darauf ankommen, ob der Täter sein eigenes Leben bei der Tat aufs Spiel gesetzt hat. Denn strafbar wird die Versenkung nach § 323 StGB. nur dadurch, daß der Täter das Leben „anderer“ — d. h. an der Tat nicht beteiligter Personen — auf das Spiel setzt. Hätte S. nur sein eigenes Leben in Gefahr gebracht und K. nur dies vorausgesehen, so wäre S. nicht des Verbrechens gegen § 323 und K. nicht der Anstiftung dazu schuldig.

Das angef. Urt. geht aber ersichtlich davon aus, daß der Angekl. K. die Möglichkeit einer Gefährdung auch des Lebens anderer Besatzungsmitglieder bei der Versenkung erkannt und den Eintritt auch dieses Erfolges in seinem Willen aufgenommen hat; denn die Versenkung sollte ja nach dem Plan, wie ihn die beiden Angekl. miteinander besprochen hatten, während einer mit dem Dampfer auszuführenden Fangreise stattfinden, d. h. also bei einer Fahrt, die mit voller Bemannung auszuführen war.

Daß der Anstifter bei einem Fall, wie er hier vorliegt, die Umstände in allen Einzelheiten vorhersieht, unter denen sich die Versenkung vollziehen wird, ist nicht erforderlich; es genügt, daß er eine allgemeine Vorstellung davon hat, die Tat werde Menschenleben in Gefahr bringen, und daß er eine solche Gefährdung in seinen Willen aufnimmt. Das ist hier nachgewiesen.

II. Das SchwG. stellt die betrügerische Absicht des Angekl. S. dahin fest, der Angekl. sei „sich bewußt gewesen, daß sich K. durch die Versenkung des Schiffes die Versicherungssumme verschaffen wolle“. Darüber, ob S. die besonderen bei der Versicherung vorl. Umstände gekannt hat, ob er insbes. gewußt hat, daß der Angekl. K. für sich selbst eine Versicherung gegen den Verlust des Schiffes genommen hatte, äußert sich das SchwG. nicht. Wäre das angef. Urt. dahin zu verstehen, der Angekl. S. habe von dieser besonderen Versicherung Kenntnis gehabt, so wäre damit die betrügerische Absicht bedenkenfrei festgestellt. Es besteht aber bei der Eigenart der Versicherungsverhältnisse keine Gewähr dafür, daß das SchwG. mit der erwähnten Wendung eine solche Feststellung hat treffen wollen; es muß vielmehr bei der Nachprüfung auch die Möglichkeit ins Auge gefaßt werden, daß der Angekl. die erwähnte (ganz außergewöhnliche) Tatsache nicht gekannt, vielmehr nur mit einer Versicherung durch den Eigentümer gerechnet und nur den Angekl. aus tatsächlichem oder rechtlichem Irrtum als den Eigentümer und damit als den angesehen hat, dem die Versicherungssumme zufallen werde. Ein in dieser Richtung etwa vorl. Irrtum würde aber an der Feststellung, daß sich der Angekl. S. des Versicherungsbetruges schuldig gemacht habe, nichts ändern. Daß der Versicherer durch die Handlung des Täters tatsächlich betrügerisch geschädigt wird (dazu bedarf es ohnehin stets noch weiterer Schritte des Versicherten), gehört nicht zum Tatbestande des

§ 265 StGB.; es genügt, daß der Täter „in betrügerischer Absicht handelt". Dazu reicht es aus, daß sich der Täter einen Sachverhalt vorstellt, der zu einer betrügerischen Schädigung des Versicherers führen soll. Das aber ist hier der Fall. Der Angekl. S. hat geglaubt, mit K., den er für den hielt, dem die Versicherungssumme zufallen werde, in einem betrügerischen, auf die Schädigung des Versicherers hinauslaufenden Einvernehmen zu stehen. Damit ist das Merkmal der betrügerischen Absicht nachgewiesen (Urt. 3 D 1000/29, 3 D 1288/29, 3 D 407/30 und 1 D 1344/33).

Auch wenn sich der Angekl. S. eine Lage, bei der die Versenkung zu einer betrügerischen Schädigung des Versicherers führen sollte, nur irrig vorgestellt hat, ist er mit Recht wegen vollendeten Versicherungsbetruges verurteilt worden; es hätte sich nicht nur um einen Versuch gehandelt.

(3. Sen. v. 6. Dez. 1934; 3 D 1208/34.) [W.]
⟨= RGSt. 68, 430.⟩

39. § 358 Abs. 2 StPO. Die in § 358 Abs. 2 festgelegte einseitige beschränkte Rechtskraftswirkung zugunsten des Verurteilten gehört zu den von Amts wegen zu beachtenden Verfahrensvoraussetzungen (vgl. RGSt. 67, 53 f., 54, 55, 63, 64[1])). Die Vorschrift in § 340 StPO. steht trotz ihres Wortlauts jener Auffassung nicht entgegen.

I. Die Beschränkung des Rechtsmittels auf den Ausspruch der Sicherungsverwahrung ist zulässig (vgl. RGUrt. 1 D 493/ v. 15. Juni 1934: JW. 1934, 2061[22]), da es sich um die nachträgliche Anordnung der Maßregel gem. Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. handelt.

II. Dem LG. ist zunächst darin beizutreten, daß das Verbot des § 358 Abs. 2 n. F. StPO. der Anordnung der Sicherungsverwahrung, die nach Art. 5 Nr. 1 GewohnhVerbrG. ausgesprochen worden ist und auch nur nach dieser Vorschrift in Frage kommen kann, nicht entgegensteht.

1. Eine Verfahrensrüge ist zwar nicht erhoben worden. Die Frage ist jedoch von Amts wegen zu prüfen. Denn das Verbot des § 358 Abs. 2 StPO. schafft eine einseitige beschränkte Rechtskraft zugunsten des Angekl. (RGSt. 67, 63. 64[1]); die Rechtskraft aber zählt zu den von Amts wegen zu prüfenden Verfahrensvoraussetzungen. Dieser Auffassung steht die Vorschrift in § 340 StPO. nicht entgegen.

Im § 340 wird allerdings der § 358 StPO. als eine Verfahrensvorschrift angesehen. Indessen ist in der neueren Rspr. des RG. (vgl. insbes. RGSt. 67, 53 f., 54, 55) anerkannt, daß die Tatsachen, die der Einleitung oder Durchführung des Verfahrens entgegenstehen, in jeder Verfahrenslage zu berücksichtigen sind und daß auch das RevG. an ihnen nicht vorübergehen darf. Die sog. Verfahrensvoraussetzungen sind damit denjenigen Vorschriften gegenübergestellt, die ein Verfahren regeln, bei dem die Voraussetzungen seiner Zulässigkeit gegeben sind. Um welche Verfahrensvoraussetzung es sich im einzelnen Falle handelt, macht keinen Unterschied; der Mangel einer jeden Verfahrensvoraussetzung ist von Amts wegen zu berücksichtigen (a. a. O. S. 55). Daß unter diesem Gesichtspunkt auch die Rechtskraft eines (früheren) Urt. zu beachten ist, ergibt sich aus der bereits angezogenen Entsch. RGSt. 67, 64. Es ist kein innerer Grund erkennbar. die aus § 358 Abs. 2 StPO. sich ergebende Rechtskraft nur deswegen anders zu beurteilen, weil es sich nicht um die volle Rechtskraftwirkung handelt, sondern nur eine einseitige beschränkte Rechtskraft zugunsten des Angekl. geschaffen wird. Auch diese beschränkte Rechtskraftswirkung stellt vielmehr im Umfang ihrer Wirksamkeit eine von Amts wegen zu beachtende Schranke für die Zulässigkeit des noch anhängigen weiteren Verfahrens dar. Die entgegenstehende Entsch. in 1 D 632/34 v. 20. Juli 1934 würde den Senat schon deshalb nicht binden, weil es sich um eine Entsch. der FerSen. handelt.

2. Die Vorschrift im Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. ermöglicht es, zur Ergänzung eines bereits vor dem 1. Jan. 1934 ergangenen rechtskräftig gewordenen tatrichterlichen Urt. nunmehr zu prüfen, ob wegen der in diesem Urt. erörterten Tat die Sicherungsverwahrung anzuordnen sei. Sie enthält insoweit eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtskraft. In der gleichen Richtung, die Möglichkeit der Sicherungsverwahrung auf Grund einer vor dem 1. Jan. 1934 begangenen Straftat zu schaffen, zielt die Vorschrift in Nr. 1 des Art. 5 für diejenigen vor dem 1. Jan. 1934 begangenen Straftaten, die erst nach diesem Zeitpunkt zur tatrichterlichen Aburteilung gelangen. Der Gesetzeszweck ist demnach ersichtlich der, daß — unter den im einzelnen festgelegten Voraussetzungen — richterlich geprüft werden soll, ob Taten, die bereits vor dem 1. Jan. 1934 begangen worden sind, einem Gewohnheitsverbrecher zur Last fallen und dessen Sicherungsverwahrung erforderlich machen. Diese Nachprüfung darf nicht durch Anwendung des § 358 Abs. 2 n. F. StPO. beschränkt werden, falls infolge Rev. des Angekl. (oder in den insoweit gleichstehenden Fällen der §§ 296 Abs. 2, 298 StPO.) ein vor dem 1. Jan. 1934 erlassenes tatrichterliches Urt. aufgehoben worden war und nunmehr die neue tatrichterliche Aburteilung nach diesem Zeitpunkt erfolgt. Die Einschränkung des § 358 Abs. 2, der zwar die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt, aber nicht die Anordnung der Sicherungsverwahrung zuläßt, falls das erste tatrichterliche Urt., wie erörtert, zugunsten des Angekl. aufgehoben war, kann demnach nur gelten, wenn bei der ersten tatrichterlichen Aburteilung die Anordnung der Sicherungsverwahrung bereits grundsätzlich zulässig gewesen wäre. Das trifft nicht zu, falls diese Aburteilung vor dem 1. Jan. 1934, sondern nur, falls sie seit dem 1. Jan. 1934 erfolgt ist. Nur in Fällen letzterer Art kann eine unterlassene Anordnung der Sicherungsverwahrung infolge des Verbots des § 358 Abs. 2 nicht nachgeholt werden; im übrigen aber steht dieses Verbot der Nachholung nicht entgegen. In der Entsch. 1 D 394/34 v. 15. Mai 1934 ist keine abweichende Ansicht zum Ausdruck gekommen, schon deswegen nicht, weil dort das erste tatrichterliche Urt. nach dem 1. Jan. 1934 erlassen worden war, die Übergangsvorschrift im Art. 5 Nr. 1 GewohnhVerbrG. also bereits in Kraft war. Die weitere Entsch. in 1 D 632/34 v. 20. Juli 1934 läßt die Frage dahingestellt. Soweit die Entsch. vom 11. Mai 1934 in 4 D 492/34 hiervon abweicht, ist sie im Urt. v. 20. Nov. 1934, 4 D 644/34[1a]), das der hier vertretenen Auffassung entspricht, aufgegeben worden.

III. Die sachliche Nachprüfung des Urt. ergibt, daß die Anordnung der Sicherungsverwahrung bei den bisherigen Urteilsfeststellungen nicht aufrechterhalten werden kann.

1. Verfehlt ist allerdings die Meinung der Rev., die Sicherungsverwahrung sei schon deshalb von vornherein unzulässig, weil es sich bei der jetzt abgeurteilten Tat nur um einen Versuch handelt. Unter „Tat", „Straftat" i. S. des Art. 5 GewohnhVerbrG. und des § 20 a StGB. ist auch eine versuchte Tat zu verstehen (vgl. RGSt. 68, 169[2])).

2. Bei P. sind im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 hinsichtlich der Zahl und Art der Straftaten und der Höhe der Strafen die Voraussetzungen des § 20 a StGB. sowohl nach dessen Abs. 2 wie auch nach Abs. 1 gegeben, bei N. dagegen nur nach Abs. 2, da bei ihm die 1920 abgeurteilte Tat unter die Rückfallverjährung nach Abs. 3 fällt. Bei Anwendung des § 20 a Abs. 2 ist es gleichgültig, in welcher zeitlichen Reihenfolge die drei Taten begangen worden sind (RGSt. 68, 222[3])).

(1. Sen. v. 30. Nov. 1934; 1 D 1039/34.) [Hn.]

---

3. Strafrechtliche Nebengesetze

40. I. § 36 Abs. 5 Satz 3 DevVO. von 1932; § 244 Abs. 2 StPO. Auch trotz der Fassung der DevVO.: „Wenn der von der Einziehung Betroffene nachweist ..." hat das Gericht einen von dem Betroffenen gestellten Beweisantrag nicht anders als sonst solche Anträge zu behandeln.

---

[1]) JW. 1933, 1028.

[1a]) JW. 1935, 294[21].
[2]) JW. 1934, 1573. [3]) JW. 1934, 2468[8].

II. § 36 Abs. 5 DevVO. von 1932; § 18 Abs. 4 DevVO. von 1931. Die Bestimmung in § 36 Abs. 5 Satz 2 VO. von 1932 enthält nur eine Verfahrensvorschrift; sie ist anzuwenden auch auf solche Sachlagen, die sich unter der Geltung der älteren VO. ergeben haben. Es ist also zulässig, schon in dem Urteil „einen entsprechenden Geldbetrag“ einzuziehen, wenn sich bereits in diesem Zeitpunkt ergibt, daß die von der strafbaren Handlung betroffenen Werte nicht selbst eingezogen werden können. †)

1. Die Rev. rügt, „der vereidigte Sachverständige, der Buchhalter der Firma Ma.“ sei zu Unrecht nicht vernommen worden. Wie sich aus der Sitzungsniederschrift ergibt, handelt es sich dabei um einen Zeugen M. Der Vertreter der Firma Ma. hatte in der Hauptverhandlung nochmalige Vertagung der Sache und Vernehmung des Zeugen M. beantragt. Worüber M. vernommen werden sollte, ist hier nicht gesagt; wohl aber hatte der Vertreter der Firma am 11. Jan. 1934 schriftlich beantragt, den Buchhalter M. der Firma, „zugleich Sekretär der Vereinigung der vereidigten Buchhalter“, als Zeugen dafür zu laden, „daß D. oder Dritte niemals Geld aus dem Verkauf an die Firma Ma. geschickt“ hätten. Da nichts Gegenteiliges ersichtlich ist, muß angenommen werden, daß der in der Hauptverhandlung gestellte Beweisantrag „auf Vernehmung des Zeugen M.“ denselben Gegenstand hatte. Das Gericht lehnte in der Hauptverhandlung den Antrag ab, da die Sache für das Gericht genügend geklärt und der Zeuge nicht gestellt sei. Abweichend hiervon führt das angefochtene Urt. aus, das Gericht habe sich nicht auf den Antrag einlassen können, die schon mehrmals vertagte Hauptverhandlung abermals zu vertagen und einen Buchsachverständigen aus Holland zu laden, der aus den Büchern der Firma Ma. feststellen sollte, daß ihr keinerlei Vorteil aus den Geschäften des Angekl. D. zugeflossen sei. Wer den Entlastungsbeweis nach § 36 Abs. 5 DevVO. von 1932 erbringen wolle, habe selbst dafür zu sorgen, daß seine Beweismittel zur Stelle seien, wie denn überhaupt dieser Entlastungsbeweis einen mehr zivilprozessualen als strafrechtlichen Charakter habe.

Diese Behandlung des Beweisantrags kann nicht gebilligt werden.

Zunächst kann für das gegen die Firma Ma. bestehende Verfahren nicht darauf hingewiesen werden, daß es bisher nicht gelungen war, das Verfahren gegen den Angekl. D. zum Abschluß zu bringen. Der Antrag auf Einziehung des Geldbetrags gegen die Firma ist am 31. Mai 1933 gestellt worden. Termin zur Hauptverhandlung hierüber wurde auf den 30. Dez. 1933 anberaumt, hierzu auch die Firma und ihr Rechtsvertreter geladen. Der RA. beantragte Vertagung und Ladung des Zeugen H., der bekunden sollte, daß die Firma von den Machenschaften D.s nichts gewußt habe. Die Sache wurde demgemäß vertagt und am 8. Jan. 1934 neuer Termin bestimmt auf den 23. Jan. Auf den am 13. Jan. eingegangenen, bereits erwähnten Antrag des RA. auf Ladung des Zeugen M. wurde die Ladung dieses Zeugen verfügt, entsprechend der Äußerung des StA., der Zeuge M. dürfte erheblich sein. Beide Zeugen sind geladen worden, H. ist auch zur Hauptverhandlung v. 23. Jan. erschienen, nicht aber M. Weshalb M. nicht erschienen ist, ist nicht ersichtlich.

Bei dieser Sachlage ist zunächst die Bemerkung des angefochtenen Urt. nicht verständlich, daß ein Buchsachverständiger hätte geladen werden sollen, der aus den Büchern der Firma feststellen sollte, daß der Firma aus den Geschäften D. keinerlei Vorteil zugeflossen sei. M. sollte vielmehr Zeuge sein, und da er bei der Firma Buchhalter ist (oder war), liegt nichts dafür vor, daß er nicht abgesehen von den Einträgen in den Büchern, also etwa aus seinen Wahrnehmungen über die persönlichen Beziehungen der Firmeninhaber zu D., aus einem Briefwechsel der Beteiligten, aus Äußerungen der Firmeninhaber oder sonstwie ein Wissen über Tatsachen haben könnte, auf die es i. S. des Antrags ankäme. Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß die Revisionsbegründung selbst die verschwommene Bemerkung macht, es sei zu Unrecht „der vereidigte Sachverständige, der Buchhalter der Firma“ nicht vernommen worden. M. ist — wenigstens nach dem Beweisantrag v. 11. Jan. — „vereidigter Buchhalter“, also vereidigter Sachverständiger, aber er sollte als der Buchhalter der Firma vernommen werden, als der er zeugschaftliches Wissen hatte, und so war er auch im Beweisantrag ausdrücklich als Zeuge benannt worden.

Offensichtlich unhaltbar ist demnach weiter die Begründung des ergangenen Beschlusses, daß dem Gericht die Sache genügend geklärt sei; denn sie könnte nur etwa dann bestehen, wenn es sich wirklich um einen bloßen Sachverständigenbeweis handelte, während in dem Verfahren vor der StrK. die Vernehmung eines als erheblich zu erachtenden Zeugen nicht mit dieser Begründung abgelehnt werden durfte. Unmittelbar angeschlossen ist sodann im Beschluß der weitere Ablehnungsgrund, „der Zeuge“ sei nicht gestellt worden. Diesen Grund erläutert das Urt. weiter dahin, daß es bei der besonderen Art des Entlastungsbeweises nach § 36 Abs. 5 DevVO. Sache der Firma gewesen wäre, dafür zu sorgen, daß ihre Beweismittel zur Stelle waren. Auch dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden.

Die Einziehung gegenüber den Beteiligten vollzieht sich im Rahmen und in den Formen des Strafverfahrens. Hier ist die Aufklärung des Sachverhaltes, der die Grundlage eines Urt. auf Verhängung der angedrohten Maßregel zu bilden hat, Aufgabe und Pflicht des Gerichtes, wobei es

---

Zu 40. Die Entsch. enthält eine Reihe beachtenswerter Sätze:

1. Sie macht zunächst ersichtlich, daß der Einziehungsinteressent in dem Verfahren gegen den Beschuldigten seine Rechte wie ein Angekl. geltend machen kann. Dies ist entgegen der früheren unklaren Rechtslage durch die §§ 23—25 der 4. DurchfVO. z. DevVO. v. 9. Mai 1933 (RGBl. I, 278) ausdrücklich bestimmt. Zu beachten ist, daß er entgegen der früheren Annahme (s. RG. 66, 405) selbständig Rechtsmittel einlegen kann, für welche die Frist stets mit der Verkündung des Urteils beginnt, auch wenn er zur Hauptverhandlung weder geladen noch erschienen war.

2. Für die Frage, ob jemand als Zeuge in Betracht kommt und nach dem Beweisrecht der StPO. zu vernehmen ist, ist der Inhalt des Beweisantrages maßgebend. Die unrichtige Bezeichnung der Auskunftsperson als Sachverständiger im Urteil oder in der Revisionsbegründung ist bedeutungslos.

3. Wird vor der Hauptverhandlung die Ladung und Vernehmung eines Zeugen über ein bestimmtes Beweisthema und alsdann in der Hauptverhandlung lediglich die Vernehmung dieses (nicht erschienenen) Zeugen beantragt, so liegt hierin ein genügend substantiierter Beweisantrag, da anzunehmen ist, daß der Antrag auf Vernehmung denselben Gegenstand wie der vorher gestellte Beweisantrag haben sollte.

4. Wichtig ist die Auslegung des § 36 Abs. 5 Satz 3 DevVO.: „Die Einziehung (der Werte, auf die sich die strafbare Handlung bezieht, sowie der Werte, die durch die strafbare Handlung gewonnen sind, oder eines entsprechenden Geldbetrages) unterbleibt, wenn der von der Einziehung Betroffene nachweist, daß er von der Straftat weder Kenntnis hatte noch haben konnte, und er von der Strafbarkeit auch keine Vorteile gehabt hat.“ Das RG. untersucht die Frage nach der Bedeutung des hier dem Einziehungsbeteiligten auferlegten Entlastungsbeweises mit dem Ergebnis, daß diese Vorschrift nicht rein wörtlich zu nehmen und das Gericht wenigstens verpflichtet sei, den von dem Betroffenen eingetretenen Entlastungsbeweis nach den Vorschriften der StPO. zu behandeln und zu bescheiden. Demnach wird die Ablehnung des Beweiserbietens durch die StrK., weil der (auf ihre eigene Anordnung geladene) Zeuge nicht gestellt, die unter Beweis gestellte Behauptung unerheblich und der Sachverhalt genügend aufgeklärt sei, mit Recht für unzulässig erklärt. Im übrigen wird die Frage, wieweit das Gericht von sich aus die Voraussetzungen der Einziehung zu klären hat, nur teilweise, aber nicht erschöpfend beantwortet. Die Einziehung soll trotz untätigen Verhaltens des Beteiligten unzulässig sein, wenn nach dem Inbegriff der Verhandlung seine Kenntnis und das Kennenmüssen von der Straftat zu verneinen ist. Weitere Anhaltspunkte sind indes durch den Hinweis auf den rechtsähnlichen Tatbestand des § 186 StGB. gegeben. Ferner könnte man die ähnlich liegenden sog. Vermutungstatbestände des VZollG. beim Bannbruch, des TabStG., des BranntwMonG. und anderer

Anträge der Beteiligten zu beachten und zu bescheiden hat. Eine Besonderheit bietet dann allerdings der Fall, daß das Gesetz dem von seiner Vorschrift Betroffenen eine Beweislast auferlegt. Daß im Falle des „Wahrheitsbeweises“ des § 186 StGB. die allgemeinen Grundsätze gelten, ist vom RG. wiederholt ausgesprochen worden; danach hat hier das Gericht die Pflicht, von sich aus die Frage der Wahrheit der behaupteten Tatsache zu klären. Demgegenüber fragt es sich, ob dasselbe auch für den in der DevVO. vorgesehenen Entlastungsbeweis zu gelten habe, angesichts des Umstandes, daß § 36 Abs. 5 Satz 3 das Unterbleiben der Einziehung an die Voraussetzung knüpft, daß der Betroffene den vorgesehenen Nachweis führe. Offenbar kann auch diese Vorschrift nicht rein wörtlich genommen werden. Denn ohne Zweifel würde auch dann, wenn der „Betroffene“ sich schlechthin untätig verhielte, das Gericht aber sonst aus dem Inbegriff der Verhandlung die Überzeugung schöpfte, daß er von der Straftat weder Kenntnis hatte noch haben konnte, die Einziehung unzulässig sein. Dagegen kann es dahingestellt bleiben, ob das Gericht verpflichtet wäre, gegenüber einem untätigen Verhalten des Betroffenen von sich aus eine Klärung der Frage herbeizuführen oder wenigstens neben der Erhebung der von dem Betroffenen angebotenen Beweise von sich aus weitere Erhebungen zu pflegen. Denn in der vorliegenden Sache handelt es sich darum, daß der Betroffene ein Beweismittel benannt hat, das nach der Sachlage zur Klärung der Frage dienlich war, und insoweit wenigstens muß angenommen werden, daß das Gericht verpflichtet ist, zur Erhebung eines so angebotenen Beweises nicht anders beizutragen, als dies der allgemeinen Regel des Strafverfahrens entspricht. Das LG. hatte denn auch zunächst die Beweisanträge der Firma Ma. richtig behandelt, indem es die Zeugen H. und M. zur Hauptverhandlung lud. Ist dann aber vom Gericht der Zeuge M. geladen worden und gleichwohl nicht erschienen, so kann nicht der Entlastungsbeweis deshalb als mißlungen behandelt werden, weil der Betroffene nicht den ordnungsmäßig geladenen Zeugen zur Stelle geschafft hat. Nur dann würde wohl der Entlastungsbeweis als mißlungen behandelt werden können und müssen, wenn der Betroffene das Ausbleiben des Zeugen vorsätzlich herbeigeführt hätte. Für das Vorliegen eines solchen oder etwa eines anderen ähnlich zu beurteilenden Sachverhaltes ist aber hier kein Anhalt gegeben.

Ebensowenig ist ersichtlich, inwiefern die vom Zeugen M. zu machende Bekundung nach dem Schlusse der Hauptverhandlung v. 23. Jan. 1934 für die Beurteilung der Einziehungsfrage nicht mehr erheblich gewesen sein sollte.

Daraus folgt, daß der in der Hauptverhandlung von dem RA. gestellte Antrag mit einer nicht haltbaren Begründung, also zu Unrecht, abgelehnt worden ist. Indessen führt der hierin liegende Verfahrensmangel nicht zur Aufhebung des Urteils.

Der von der Einziehung Betroffene hat, wenn die Einziehung unterbleiben soll, nicht nur nachzuweisen, daß er von der Straftat keinen Vorteil gehabt hat, sondern auch, daß er von ihr weder eine Kenntnis hatte, noch haben konnte (d. h. daß seine Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruhte). Der Beweisantrag bezog sich aber nur auf den ersten Punkt. Wäre ihm also auch stattgegeben und von dem Zeugen M. voll bewiesen worden, was unter sein Zeugnis gestellt war, hätte also hiernach die BeschwF. aus der strafbaren Handlung D.s keinerlei Nutzen gezogen, so konnte sie doch von dem Tun D.s Kenntnis haben oder hätte sie wenigstens haben können. Dann blieb trotz jenes Beweises die Einziehung zulässig. Hiernach kann das Urteil nicht auf dem Verfahrensmangel beruhen.

2. Auch in sachlich-rechtlicher Hinsicht ist die Begründung des angefochtenen Urt. nicht irrtumsfrei, gleichwohl aber der Einziehungsausspruch im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Das LG. hat die Anwendbarkeit der DevVO. von 1932 damit begründet, daß es sich bei der Einziehung um eine polizeiliche Sicherungsmaßnahme handle, für die § 2 Abs. 2 StGB. nicht gelte. Zu diesem Punkt enthält RGSt. 67, 215[1]) eine eingehende Darlegung. Danach ist die Einziehung, auch wenn sie vom Strafrichter ausgesprochen wird, dann polizeilicher Natur, wenn sie (nach dem maßgebenden Recht) ohne Rücksicht darauf anzuordnen ist, ob die einzuziehenden Sachen dem Täter oder einem Teilnehmer oder ob sie einem Dritten gehören. Es könnte sich die Frage erheben, ob diese Voraussetzung hier als gegeben angesehen werden könne, da die DevVO. von 1932 in § 36 Abs. 5 (ebenso wie die DevVO. von 1931 im § 18 Abs. 4) zwar vorsieht, die Einziehung der Werte sei auch dann zulässig, wenn diese nicht dem Täter oder einem Teilnehmer gehörten, dabei aber die Ausnahme macht, daß die Einziehung „unterbleibe“ (also unzulässig sei), wenn der von der Einziehung Betroffene nachweise, daß er von der Straftat weder Kenntnis hatte noch haben konnte, und daß er von der Straftat auch keinen Vorteil gehabt habe.

Es braucht nicht erörtert zu werden, ob das Vorliegen dieser Ausnahmevorschrift der Auffassung entgegenstünde, daß es sich auch hier um eine polizeiliche Sicherungsmaßnahme handle. Denn § 36 Abs. 5 DevVO. von 1932 ist sachlich dem § 18 Abs. 4 VO. von 1931 gleich und hat nur hinsichtlich des Verfahrens insoweit eine Änderung gebracht, als im § 18 Abs. 4 vorgesehen war, wenn sich die Einziehung der Werte, auf die sich die strafbare Handlung bezieht, als nicht durchführbar erweise, könne das Gericht nachträglich durch Beschluß die Einziehung des Gegenwertes in Geld anordnen, während jetzt im § 36 Abs. 5 bestimmt ist: wenn die Einziehung eines solchen Wertes nicht ausführbar sei, könne auf Einziehung eines entsprechenden Geldbetrags erkannt werden, und das Gericht könne dies auch nachträglich durch Beschluß anordnen. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß die Einziehung eines „entsprechenden Geldbetrags“ (des „Gegenwertes in Geld“, wie es in der älteren VO. ausgedrückt war) schon gleich im Urt. angeordnet werden könne, sofern sich nämlich schon in diesem Zeitpunkt ergibt, daß die von der strafbaren Handlung betroffenen Werte nicht selbst eingezogen werden können. Da dies eine bloße Verfahrensvorschrift ist, war sie für die nach dem Inkrafttreten der neuen VO. ergangene angefochtene Entsch. maßgebend, mochte auch die strafbare Handlung selbst nach dem früheren Rechte zu beurteilen sein, der Ausspruch also, den das angefochtene Urt. enthält, verfahrensrechtlich zulässig. Es ist

---

Bestimmungen anziehen, bei deren Vorliegen die Schuld angenommen wird, sofern nicht der Täter den Hinterziehungsvorsatz ausräumt. In diesen Fällen muß das Gericht von sich aus der Entlastung des Angekl. nachgehen, wenn irgendwelche Anhaltspunkte für die Entlastung zutage getreten sind (s. meine Anm. in JW. 1931, 228[8]). M. E. muß dieser Grundsatz auch im Falle des § 36 Abs. 5 Satz 3 DevVO. zugunsten des Einziehungsbeteiligten Anwendung finden, gleichgültig ob er sich untätig verhält oder in dem Verfahren gegen den Beschuldigten zugezogen oder beigetreten ist oder nicht. Dies folgt aus der dem Gericht obliegenden Aufklärungs- und Wahrheitserforschungspflicht sowie aus der Idee der Rechtsordnung, die jedes Unrecht verhüten soll.

5. Zum Verständnis der Ausführungen der Entsch. unter 2 ist davon auszugehen, daß die Zuwiderhandlungen zum Teil vor dem Inkrafttreten der DevVO. 1932, also unter der Herrschaft der DevVO. v. 1. Aug. 1931, begangen sind. Gleichwohl hat das Gericht die Einziehung eines entsprechenden Geldbetrages auf Grund der VO. 1932 ausgesprochen. Das wäre gem. § 2 Abs. 2 StGB. unrichtig, wenn die Einziehung als Strafe und nicht als reine polizeiliche Sicherungsmaßnahme aufzufassen wäre. Nur im letzteren Falle hätte die VO. 1932 die vor ihrem Inkrafttreten liegenden Tatbestände mit rückwirkender Kraft erfassen können. Ob die eine oder andere Beurteilung der Einziehung gem. § 36 Abs. 5 Satz 3 DevVO. zutrifft, läßt das RG. mit Recht dahingestellt sein, weil die unterschiedliche Beurteilung den Einziehungsausspruch unberührt läßt. Denn dieser ist sowohl auf Grund der VO. 1931 als auch der VO. 1932 begründet, weil beide dieselben sachlich-rechtlichen, hier gegebenen Voraussetzungen für die Einziehung enthalten. M. E. kann die hier fragliche Einziehung nicht als reine polizeiliche Sicherungsmaßnahme angesehen werden. Denn diese Annahme wäre mit der Bestimmung, daß die Einziehung bei nachgewiesener Gutgläubigkeit des Betroffenen zu unterbleiben hat, nicht in Einklang zu bringen.

RA. Theodor Klefisch, Köln.

[1]) JW. 1933, 1327.

hierfür rechtlich ohne Belang, ob ein gleicher Ausspruch schon unter der Geltung der älteren VO. zulässig gewesen wäre (eine Frage, bezüglich deren immerhin auf die von Hartenstein zustimmend mitgeteilte Entsch. des LG. Berlin I v. 1. April 1932 hingewiesen sein mag), und ebenso ohne Belang, ob nicht ein Teil des als fortgesetzt angenommenen Vergehens D.s noch während der Geltung des neuen, am 19. April 1932 (VO. v. 15. April 1932 [RGBl. 177]) in Kraft getretenen Rechts begangen worden ist, so daß schon hiernach das neue Recht ohne weiteres anzuwenden gewesen wäre.

(1. Sen. v. 16. Nov. 1934; 1 D 829/34.) [Hn.]

****41.** §§ 22—24, 314, 318, 320 MilStGO. Hatte das Kriegsgericht das Notzuchtsverbrechen des § 177 StGB. anstatt mit fünf mit drei Richtern besetzt abgeurteilt, so muß das Oberkriegsgericht in einer Besetzung von fünf Richtern über die Berufung entscheiden, wenn es nicht nach § 314 Abs. 2 MilStGO. von seinem Recht der Zurückverweisung Gebrauch macht. Entscheidet das Oberkriegsgericht in dem bezeichneten Falle anstatt mit fünf tatsächlich mit sieben Richtern besetzt, so ist damit der unbedingte Revisionsgrund des § 318 Ziff. 1 MilStGO. nicht gegeben.

1. Das Kriegsgericht hat in der Besetzung mit drei Richtern geurteilt. Da aber Gegenstand der Aburteilung ein mit zeitigem Zuchthaus bedrohtes Verbrechen war, nämlich Notzucht nach § 177 StGB., wäre nach § 22 MilStGO. Besetzung mit fünf Richtern erforderlich gewesen.

2. Das auf Berufung des Angekl. und des Gerichtsherrn zusammengetretene Oberkriegsgericht hat dann in der Besetzung mit sieben Richtern geurteilt. Nach dem unmißverständlichen Wortlaut des § 24 Abs. 1 MilStGO. besteht das Oberkriegsgericht als BG. aber nur dann aus sieben Richtern, wenn Berufung gegen das Urt. eines mit fünf Richtern besetzten Kriegsgerichts eingelegt ist, während es sonst — abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Fällen des § 25 MilStGO. — mit fünf Richtern zu besetzen ist. Es kommt also auf die tatsächliche Besetzung des Kriegsgerichts an und nicht etwa darauf, wie es nach dem Gesetz hätte besetzt werden müssen. Auch das Oberkriegsgericht war daher unrichtig besetzt; es hätte nach dem Gesetz aus fünf Richtern bestehen müssen. Hätte es der Gesetzgeber anders gewollt, so hätte er im § 24 Abs. 1 MilStGO. nicht gesagt: „Ist Berufung gegen das Urt. eines mit fünf Richtern besetzten Kriegsgerichts eingelegt, so ...“, sondern etwa: „Ist Berufung gegen das Urt. eines Kriegsgerichts eingelegt, das nach § 22 mit fünf Richtern zu besetzen war, so...“ oder: „Ist in den Fällen des § 22 Berufung eingelegt, so ...“.

Zu Unrecht beruft sich die Revisionsgegenerklärung für die gegenteilige Auffassung auf die amtliche Begründung zur geltenden MilStGO. unter A 6: Denn dort wird nicht Stellung genommen zur Auslegung der §§ 22, 24 a. a. O., die ja nach dem Wortlaut nicht zweifelhaft sein kann, sondern nur der Grund angeführt, weshalb der Gesetzgeber in Fällen von „Kapitalverbrechen“ eine stärkere Besetzung der Kriegs- und Oberkriegsgerichte grundsätzlich für erforderlich gehalten hat.

Der Grund der Regelung bei der Besetzung der Oberkriegsgerichte in den §§ 23, 24 MilStGO. ist auf verfahrensrechtlichem Gebiet zu suchen. Entsprechend den Vorschriften des GVG. soll das BG. als das übergeordnete, zur kritischen Würdigung und u. U. zur Aufhebung oder Änderung des erstinstanzlichen Urteilsspruches verpflichtete Gericht stets mit zwei Richtern mehr besetzt sein als das erstinstanzliche Gericht. Wäre es anders, hätte sich also die Besetzung des Oberkriegsgerichts nicht nach verfahrens-, sondern nach sachlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu richten, so könnte es kommen, daß, wenn ein Kriegsgericht zu Unrecht mit fünf statt mit drei Richtern besetzt war oder wenn infolge Ausscheidens eines schweren Verbrechens in der Berufungsinst. nur noch Vergehen oder geringere, nicht unter § 22 MilStGO. fallende Verbrechen abzuurteilen wären, das Oberkriegsgericht mit derselben Zahl Richtern, nämlich fünf, besetzt werden müßte wie das Kriegsgericht, was verfahrensrechtlichen Grundsätzen widerspräche. Außerdem würden sich wahrscheinlich in der Rspr. viele Zweifelsfragen in den Fällen ergeben, in denen der Gegenstand der Aburteilung in den beiden Instanzen verschieden ist. Die einfache Regelung des Gesetzes liegt daher auch im Interesse einer möglichst schleunigen Rspr. Im übrigen werden Fälle einer gesetzwidrigen Besetzung des Kriegsgerichts zu den Seltenheiten gehören.

3. Es hätte nun ohne Zweifel dem Willen des Gesetzgebers am meisten entsprochen, wenn das Oberkriegsgericht von seinem Recht der Zurückverweisung nach § 314 Abs. 2 MilStGO. Gebrauch gemacht hätte. In dieser Beziehung sei auf die amtliche Begründung zu § 395 Abs. 2 (§ 379 Abs. 2 des Entwurfs) MilStGO. v. 1. Dez. 1898, der dem § 314 Abs. 2 der geltenden MilStGO. entspricht, hingewiesen, in der es heißt: „Dies (d. h. das Gebrauchmachen von der Zurückverweisung) wird sich namentlich empfehlen, wenn der gerügte Mangel des Verfahrens sich nicht auf einzelne Untersuchungsmaßregeln oder Verfahrensakte beschränkt, sondern das gesamte Verfahren fehlerhaft erscheinen läßt. Durch die unmittelbare Aburteilung der Sache in zweiter Instanz könnte sonst dem Angekl. in einer dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechenden Art der Instanzenzug abgeschnitten werden.“

Gerade um einen solchen Mangel, der auch bereits bei der Berufungseinlegung gerügt worden war, handelt es sich im vorliegenden Fall. Denn die Besetzung des erstinstanzlichen Gerichts mit drei statt mit fünf Richtern betraf das gesamte Verfahren des Kriegsgerichts und ließ es i. S. des Gesetzes als fehlerhaft erscheinen; die Rev. bemerkt ferner mit Recht, daß durch die unmittelbare Aburteilung des Oberkriegsgerichts dem Angekl. die Möglichkeit der Berufung gegen ein vorschriftsgemäß besetztes Gericht genommen wird.

Immerhin ist aber doch die Bestimmung des § 314 Abs. 2 MilStGO. nur eine Kann-Vorschrift und es steht im freien Ermessen des Oberkriegsgerichts, ob es von ihr Gebrauch machen will oder nicht. Tut es dies, wie im vorliegenden Fall, trotz Kenntnis des Mangels nicht, so begeht es keinen Rechtsfehler, der die Rev. begründen könnte; denn der Gesetzgeber gestattet ja dem BG., über den Mangel hinwegzusehen, wenn es dies nach der Sachlage für angemessen erachtet. Der Mangel gilt dann für das weitere Verfahren als geheilt, das BU. beruht nicht auf ihm (vgl. RMilG. 1, 193, 285 zu § 395 Abs. 2 der früheren MilStGO., der dem § 314 Abs. 2 der jetzigen entspricht). Anders wäre es, wenn die Zurückverweisung aus Rechtsirrtum unterlassen würde, z. B., weil die unrichtige Besetzung des erstinstanzlichen Gerichts als solche nicht erkannt worden wäre (vgl. RGSt. 63, 343).

4. Nach den Ausführungen zu 3 kann die unvorschriftsgemäße Besetzung des Kriegsgerichts im vorliegenden Fall die Aufhebung des Urt. und die Zurückverweisung der Sache nicht zur Folge haben (§ 320 MilStGO., vgl. RGSt. 59, 300). Es fragt sich jedoch weiter, ob nicht wegen der unrichtigen Besetzung des Oberkriegsgerichts das BU. aufgehoben und die Sache an die zweite Instanz zurückverwiesen werden muß, weil nach § 318 Nr. 1 MilStGO. die „nicht vorschriftsmäßige Besetzung des erk. Gerichts“ einen unbedingten Revisionsgrund bildet. Die Frage ist ebenfalls zu verneinen. Das Oberkriegsgericht war zwar nicht, wie es hätte geschehen müssen, nach § 23 MilStGO. besetzt, wohl aber nach § 24 das., nämlich mit einem Oberkriegsgerichtsrat und einem Stabsoffizier mehr, als es § 23 a. a. O. vorschreibt. Es war also zu gut besetzt, es gab i. S. des Gesetzes eine größere Gewähr für das Finden der Wahrheit und dem Angekl. einen größeren Schutz, als das nach § 23 a. a. O. nur mit fünf Richtern besetzte. Unter diesen Umständen kann es i. S. des § 318 Nr. 1 MilStGO. nicht als „unvorschriftsmäßig“ besetzt gelten. Es waltet hierbei derselbe gesetzgeberische Gedanke vor wie im § 269 StPO. und § 329

der früheren MilStGO., wonach sich ein erk. Gericht nicht für unzuständig erklären darf, weil die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehöre. Wie hier zum Ausdruck kommt, daß die größere sachliche Zuständigkeit die geringere einschließt (vgl. auch § 2 StPO., § 32 der früheren MilStGO.), so schließt auch das nach § 24 MilStGO. stärker besetzte Oberkriegsgericht in seine Zuständigkeit die Sachen ein, die nach § 23 MilStGO. von einem geringer besetzten Oberkriegsgericht abzuurteilen sind. Im vorliegenden Fall kommt nun noch hinzu, daß die formell unrichtige Besetzung des Oberkriegsgerichts nur eine Folge der gesetzwidrigen Besetzung des Kriegsgerichts gewesen ist, vom rein sachlichrechtlichen Standpunkte aber dem Willen des Gesetzes entsprach.

(4. Sen. v. 27. Nov. 1934; 4 D 1305/34.) [W.]
<= RGSt. 68, 414.>

42. §§ 15, 25 Abs. 1 Nr. 2 SchußwG. v. 12. April 1928. Entsprechend dem Tatbestande des Führens von Hieb- und Stoßwaffen (WaffMißbrG. vom 28. März 1931 [RGSt. 66, 193]) gehört zum „Führen einer Schußwaffe", daß die Waffe nicht nur dem Täter zur Hand, sondern auch daß sie schußbereit ist oder leicht schußfertig zu machen ist. Also kein „Führen einer Schußwaffe", wenn Munition fehlt. Ebenso schon Urt. 1 D 82/34 v. 19. Juni 1934.

Die Bestrafung wegen des Nichtanmeldens der Schußwaffe (§ 1 in dem Kap. I Teil 8 NotVO. zum Schutze des inneren Friedens v. 8. Dez. 1931 [RGBl. I, 742]) kann deshalb nicht aufrechterhalten werden, weil das LG. nicht festgestellt hat, seit wann der Angekl. die Pistole hatte, so daß sich nicht mit genügender Sicherheit ergibt, ob er sie überhaupt schon länger als 24 Stunden besaß, als sie ihm abgenommen wurde. Entnehmen läßt sich der Urteilsbegründung nur, daß der Angekl. wohl auch früher schon irgendeine Schußwaffe besessen haben muß; ob diese mehrfach als „Revolver" bezeichnete Waffe aber der jetzt allein in Betracht kommende Browning war, ist nicht erkennbar. Das LG. hat auch nicht festgestellt, daß der Angekl. — was freilich ziemlich naheliegt — Kenntnis von der Anordnung des RegPräs. zu Aachen v. 7. Jan. 1932 gehabt habe.

Dagegen hätte sich der Angekl. allerdings vor einer Bestrafung nach § 1 Kap. I Teil 8 NotVO. v. 8. Dez. 1931 nicht durch die Behauptung schützen können, daß seine Pistole — etwa weil das Magazin fehle — unvollständig gewesen sei. Denn der genannte § 1 verweist ausdrücklich auf die Vorschr. des Gesetzes über Schußwaffen und Munition vom 12. April 1928, also auch auf dessen § 1 Abs. 3, wonach schon fertige Teile von Schußwaffen oder Munition den fertigen Gegenständen dieser Art gleichstehen. Demnach ist also auch der Besitz von verwendbaren Waffenteilen nach Maßgabe der ergangenen AusfVorschr. der Landesbehörden anmeldungspflichtig; eine so weitgehende Auslegung der Vorschr. ist notwendig, um zu verhindern, daß die Anmeldungspflicht umgangen werden kann, indem mehrere Personen im Einverständnisse miteinander Waffen in wiederzusammensetzbare Teile zerlegen und die Teile getrennt aufbewahren.

Dagegen ist nach der ständigen Auslegung, die der Begriff des „Führens von Waffen" gefunden hat, die Vorschr. des § 1 Abs. 3 SchußwG. für den Tatbestand des Führens einer Schußwaffe (§§ 15 und 25 Abs. 1 Nr. 2 SchußwG.) ohne Bedeutung. In dem Sinne des Gesetzes „geführt" wird eine Schußwaffe nur von demjenigen, der sie — nach Maßgabe des § 15 SchußwG. außerhalb seiner Wohnung oder seines befriedeten Besitztums — um ihrer selbst willen, d. h. um mit ihr ausgerüstet zu sein, schußfertig oder leicht schußbereit zu machen, bei sich hat (RGSt. 65, 37; RGUrt. v. 19. Juni 1934, 1 D 82/34; vgl. auch RGSt. 55, 17; 66, 193). In diesem Sinne kann keine Pistole geführt werden, der das Magazin fehlt, es sei denn, daß wenigstens Munition zur Hand ist, mit der die Waffe auch ohne Magazin geladen werden könnte. Daß eine Pistole auch ohne Magazin und ohne Munition unter Umständen den Eindruck einer gebrauchsbereiten Schußwaffe hervorrufen kann, macht sie nicht zur wirklich verwendungsbereiten Schußwaffe (vgl. RGSt. 66, 192). Bisher ist also nicht ausreichend dargetan, daß der Angekl. eine Schußwaffe geführt habe.

Überdies beruht die Verurteilung des Angekl. wegen Führens einer Schußwaffe vielleicht gleichzeitig noch auf einem von der Rev. gerügten Verfahrensmangel. Das Urt. sagt, daß ein Magazin beschafft und eingesetzt und daß auch ohne Magazin eine Kugel in den Lauf gebracht werden konnte. Nicht ausgesprochen ist aber, ob die Waffe dann gebrauchsfähig gewesen wäre. Sollte das Gericht nicht so waffenkundig gewesen sein, um selbst beurteilen zu können, ob die Waffe, abgesehen von der vielleicht fehlenden Munition, in Ordnung war, so wäre dem Beweisantrage des Verteidigers nicht Genüge geschehen, der nach der glaubhaften Erklärung der Rev. erkennbar gerade bezweckte, durch das Gutachten eines Sachverständigen zu beweisen, daß die Pistole schadhaft und daher als Schußwaffe überhaupt nicht verwendungsfähig gewesen sei. Sollte aber das Gericht etwa den Beweisantrag deshalb abgelehnt haben, weil es eine solche Schadhaftigkeit der Pistole für unerheblich hielt, so hätte es — entsprechend den obigen Darlegungen — den Begriff des Führens einer Schußwaffe verkannt.

Das LG. hat angenommen, daß das Nichtanmelden und das Führen der Schußwaffe zueinander im Verhältnisse der Tatmehrheit stünden. Das kann infolge der tatsächlichen Feststellung über den „besonderen Entschluß" des Angekl., die Waffen an dem fraglichen Tage zu gebrauchen, rechtlich nicht beanstandet werden. Jedoch entbehrt diese tatsächliche Feststellung einer ausreichenden Grundlage, da mangels Aufklärung des Sachverhalts mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß der Angekl. den Besitz an der Pistole soeben erst erworben habe.

(1. Sen. v. 2. Nov. 1934; 1 D 1090/34.) [Hn.]

****43.** § 146 VZollG.; § 404 RAbgO.; § 74 StGB. Wie beim Bannbruch, so tritt auch bei der Zollhinterziehung im Falle bandenmäßiger Begehung Strafenhäufung ein. Die Strafschärfung des § 146 VZollG. wird durch die Verhängung einer Gefängnisstrafe aus § 404 RAbgO. nicht ausgeschlossen. § 74 StGB. ist bei realkonkurrierenden Zollhinterziehungen nach wie vor anzuwenden.†)

Gegen den Angekl. sind gem. § 404 RAbgO. wegen Zoll- und Steuerhinterziehung im Rückfall in zwei Fällen neben zwei Geldstrafen und zwei Werterfatzstrafen zwei Gefängnisstrafen von je 6 Monaten verwirkt erklärt worden, welche auf eine Gesamtgefängnisstrafe von 9 Monaten zurückgeführt worden sind. Daneben ist wegen der bandenmäßigen Begehung der beiden Hinterziehungen auf zweimal 3 Monate Gefängnis erkannt worden. Der BeschwF. wendet ein, daß durch die Rückfallverschärfung auch der strafschärfende Umstand der bandenmäßigen Begehung mit abgegolten sei. Es ist daher zu prüfen: 1. Wie ist die Strafe des einzelnen Falles bei bandenmäßiger Begehung einer Zoll- und Steuerhinterziehung im Rückfalle zu bemessen? 2. Wie ist zu erkennen, wenn für **mehrere** selbständige Fälle des Bandenschmuggels mehrere Strafen verwirkt worden sind?

Zu 1. Bei Bandenschmuggel ist die für jeden Teilnehmer als Strafschärfung eintretende „ein- bis dreimonatliche Frei-

Zu 43. Der Entsch. ist im Ergebnis durchaus zuzustimmen.

a) Ob die Untersuchung des RG. über das Verhältnis der der Zollgesetzgebung eigentümlichen Strafenhäufung zu dem das Strafrecht sonst beherrschenden Asperationsprinzip notwendig war, kann allerdings zweifelhaft sein. Beim gemeinschaftlichen Bannbruch handelt es sich nicht um zwei rechtlich oder tatsächlich miteinander zusammentreffende Straftaten, sondern um einen schweren Fall des Bannbruchs. Für diesen droht das VZollG. — wie sich von selbst versteht — eine härtere Strafe an, als für den einfachen Bannbruch. Im Abs. 1 des § 146 spricht das VZollG. dementsprechend davon, daß die (für den Bannbruch an sich verwirkte) Strafe durch eine Freiheitsstrafe geschärft wird. Die Bestimmung ist deshalb dahin zu verstehen, daß

heitsstrafe" neben der den Täter an sich treffenden Strafe zu erkennen (§ 146 VZollG.). Diese Strafvorschrift ordnet die Verhängung von Zusatzstrafen ohne Verkürzung an (RGSt. 68, 93[1]); 16, 58; 18, 174; 38, 26, 394). Die in § 146 VZollG. vorgeschriebene volle Strafenhäufung entspricht den Strafgrundsätzen der damaligen Zollgesetzgebung. Auf § 158 VZollG. kann die Strafenhäufung bei Zoll- und Steuerhinterziehungen jetzt allerdings nicht mehr gestützt werden, weil durch Kap. IV Art. 4 § 10 Teil III der WirtschSichVO. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 579) die Worte „oder Defraudation" gestrichen worden sind (neuer Wortlaut in der Fassung der Bek. v. 9. Jan. 1931: RGBl. I, 9). Im § 146 VZollG. dagegen sind die Worte „oder einer Zollhinterziehung" stehengeblieben. Damit ist zur Vermeidung von Zweifeln (vgl. RGSt. 64, 361; 65, 312) vom Gesetzgeber ausgesprochen, daß auch bei der Zollhinterziehung § 146 VZollG. und mit ihm innerhalb seines Bereiches auch der Grundsatz der Strafenhäufung anwendbar bleibt. Es kann trotz der Abänderung des § 158 VZollG. nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein, daß die in § 146 VZollG. vorgesehene Strafschärfung bei Zollhinterziehung anders gehandhabt werden sollte als bei Bannbruch. Dies ist um so weniger anzunehmen, als nach § 158 Abs. 2 VZollG. — beigefügt durch FinMaßnVO. v. 18. März 1933 Kap. II Art. 1 Ziff. 6 (RGBl. I, 112) — bei einer Tat, wenn sie die gesetzlichen Merkmale sowohl des Bannbruchs als auch der Zollhinterziehung erfüllt, der Täter wegen Zollhinterziehung zu bestrafen ist. Es wäre unverständlich, wenn im Falle des Bannbruchs allein Strafenhäufung, im Falle der Zollhinterziehung allein oder in Tateinheit mit Bannbruch aber keine Strafenhäufung, sondern Gesamtstrafenbildung einzutreten hätte.

§ 404 RAbgO. droht dem rückfälligen Täter neben der Geldstrafe Gefängnisstrafe an. Die Meinung des BeschwF., solchenfalls schließe die Verhängung einer Gefängnisstrafe aus § 404 RAbgO. die Strafschärfung aus § 146 VZollG. aus, hat nicht nur im Gesetze keine Stütze, sondern steht mit Wortlaut und Sinn des § 146 VZollG. im Widerspruch. Mit Recht ist daher vom LG. die aus § 404 RAbgO. entnommene Strafe von 6 Monaten Gefängnis durch unverkürzte Hinzurechnung von 3 Monaten Gefängnis geschärft worden. Nicht richtig ist jedoch, daß das LG. die Rechtslage so angesehen hat, als ob zwei selbständige Gefängnisstrafen von 6 Monaten und 3 Monaten vorlägen, während richtiger Betrachtung nach die Gefängnisstrafe von 6 Monaten durch einen Zusatz von 3 Monaten geschärft, also für jede einzelne Hinterziehung eine einzige Gefängnisstrafe von 9 Monaten ausgesprochen ist.

Zu 2. Für die Strafenbildung beim Zusammentreffen mehrerer selbständiger Fälle des Bandenschmuggels kommt in Betracht:

Nach § 2 Abs. 2 EStGB. sind bei Einführung des StGB. die besonderen Vorschr. des Reichs- und Landesstrafrechtes, namentlich über strafbare Verletzungen der Steuer- und Zollpolizeigesetze, in Kraft geblieben. Daraus ergibt sich: Der allgemeine Teil des StGB. gilt, soweit die Zoll- und Steuergesetze schweigen. Es gelten namentlich auch die Vorschr. der §§ 73, 74 und 78 StGB. (vgl. RGSt. 22, 22). Das VZollG. enthielt auch in der ältesten Fassung keine Vorschr. über die Strafenbildung, wenn mehrere selbständig verübte Defraudationen (oder, was hier nicht in Frage, wenn mehrere selbständige Konterbandedelikte) zusammentreffen. Beging jemand durch mehrere selbständige Handlungen mehrere in Tatmehrheit stehende „Zolldefraudationen", so waren daher schon nach altem Rechte (vor Einführung der RAbgO., vor Streichung des § 453 a. F. RAbgO. und vor Inkrafttreten der obgenannten Bek. v. 1. Dez. 1930 und 18. März 1933) Geldstrafen zu häufen, bei mehreren Gefängnisstrafen aber auf eine Gesamtstrafe zu erkennen. So auch Stenglein, Strafr. Nebengesetze, 4. Aufl., zu § 158 VZollG. Anm. 1a. Aus keiner Bestimmung des VZollG. ist das Gegenteil zu entnehmen, auch nicht aus der Rspr. des RG., insbes. nicht etwa aus RGSt. 68, 93[2]). Diese und die anderen oben angeführten Entsch. beziehen sich überhaupt nicht auf real konkurrierende Zollhinterziehung. Durch die inzwischen eingetretenen Änderungen des VZollG. ist in dieser Richtung keine Änderung eingetreten. § 74 StGB. ist bei realkonkurrierenden Zollhinterziehungen nach wie vor anzuwenden. Erst recht muß dies nach Einführung der RAbgO. gelten. § 383 a. F., § 418 n. F. Abs. 3 RAbgO. sieht bei Begehung mehrerer selbständiger Steuerzuwiderhandlungen die — sich schon aus § 355 a. F., § 391 n. F. RAbgO. ergebende — Anwendung des § 74 StGB. ausdrücklich vor.

Hiernach hätten nicht die zweimal 6 Monate Gefängnis auf eine Gesamtgefängnisstrafe von 9 Monaten zurückgeführt und auf die zweimal 3 Monate Gefängnis selbständig daneben erkannt werden dürfen. Nicht richtig wäre es auch, die letztgenannten aus § 146 VZollG. entnommenen zweimal 3 Monate Gefängnis nunmehr nachträglich auf eine selbständige weitere Gesamtgefängnisstrafe zurückzuführen und diese zweite Gesamtgefängnisstrafe der ersten Gesamtgefängnisstrafe von 9 Monaten unverkürzt zuzurechnen. Ferner wäre es nicht richtig, etwa die 6 + 6 + 3 + 3 Monate Gefängnis sämtlich als Einzelstrafen anzusehen, die dann auf eine Gesamtgefängnisstrafe zurückzuführen seien. Vielmehr hätte folgendermaßen verfahren werden müssen: Gegen den Angekl. waren in jedem der beiden Schmuggelfälle erkannt: 6 Monate Gefängnis, geschärft durch weitere 3 Monate Gefängnis, die nach § 146 VZollG. unverkürzt hinzuzurechnen waren, also 9 Monate Gefängnis. Damit war die Wirkung des § 146 VZollG. erschöpft. Nunmehr waren gem. § 74 StGB. die beiden erkannten Gefängnisstrafen von je neun Monaten auf eine Gesamtgefängnisstrafe zurückzuführen. Dadurch, daß in jedem der beiden Fälle die tatsächlich verhängte Gefängnisstrafe von 9 Monaten in zwei Gefängnisstrafen von 6 und 3 Monaten auseinandergezogen und jeweils nur die Strafe von 6 Monaten zur Gesamtstrafenbildung herangezogen worden ist, ist der Angekl. beschwert. Insoweit war daher das Urt. aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen.

(5. Sen. v. 26. Nov. 1934; 5 D 363/34.) [W.]

<= RGSt. 68, 400.>

---

der gemeinschaftliche Bannbruch (wenn nicht Rückfall vorliegt) mit Geldstrafe und einer Freiheitsstrafe von verschiedener Höhe bedroht ist. Einen anderen Sinn kann die Vorschrift des § 146 Abs. 1 VZollG. auch dann nicht haben, wenn die zu verschärfende Strafe nicht wegen einfachen Bannbruchs, sondern wegen Bannbruchs z. B. im zweiten Rückfall zu verhängen ist. Die Strafschärfung beruht auf der höheren Gefährlichkeit der bandenmäßigen Begehung. Dieser Strafschärfungsgrund steht selbständig neben dem Grunde für die Rückfallschärfung. Aus § 146 Abs. 1 VZollG. ergibt sich daher z. B., daß für den Anführer an die Stelle des Strafrahmens von 1 Tag bis zu 2 Jahren Gefängnis ein solcher von 3 Monaten bis 2 Jahren und 6 Monaten tritt. Das RG. ist deshalb mit Recht der Ansicht, daß durch die Rückfallverschärfung der strafschärfende Umstand der bandenmäßigen Begehung nicht mit abgegolten ist.

b) Bei der bandenmäßig begangenen Rückfallzollhinterziehung ergibt sich die gleiche Rechtslage. Daß die verschärfenden Strafandrohungen des § 146 VZollG. auch nach der Änderung des § 158 VZollG. noch für die Zollhinterziehung maßgebend sind, hat das RG. einleuchtend auseinandergesetzt und ist m. W. auch nirgends bestritten (vgl. Crisolli § 106 VI 2).

c) Dem RG. ist ferner darin zuzustimmen, daß wegen der Straftat nur auf eine Strafe erkannt werden darf. Dagegen erscheint es mit Rücksicht auf die dargelegte Bedeutung der Strafverschärfung nicht richtig, den Strafausspruch dahin zu fassen, daß auf 6 Monate Gefängnis, geschärft durch weitere 3 Monate Gefängnis, zu erkennen ist. Es wird vielmehr nur wegen bandenmäßig begangenen Rückfallbannbruchs auf eine Strafe von 9 Monaten Gefängnis zu erkennen sein. Ob man sich in der Begründung damit auseinandersetzen soll, wie hoch die Strafe zu bemessen wäre, wenn die Tat nicht bandenmäßig begangen wäre, und in welchem Umfange sie zu verschärfen war, weil diese es doch ist, kann dahingestellt bleiben.

RegR. Dr. Julius Crisolli, Berlin.

[1]) JW. 1934, 1855.

[2]) JW. 1934, 1855.

4. Strafprozeßordnung

****44.** §§ 52 Ziff. 3, 59, 61, 64, 67 StPO. Bei Bestehen eines Angehörigenverhältnisses i. S. von § 52 Ziff. 3 StPO. ist der betreffende Zeuge nicht ohne weiteres uneidlich zu vernehmen. Die Sitzungsniederschrift muß einen Vermerk über die Vereidigung oder Nichtvereidigung des Zeugen enthalten. Ein ausdrücklicher Gerichtsbeschluß über die Vereidigung oder Nichtvereidigung ist nicht unter allen Umständen nötig. — Ist nach Vernehmung eines Zeugen auf dessen Vereidigung verzichtet worden, so muß nach seiner nochmaligen Vernehmung ein nochmaliger Verzicht auf die Vereidigung oder aber die Vereidigung zu der neuen Aussage erfolgen.

1. Ausweislich der Verhandlungsniederschrift sind der Schwager und der Schwiegervater des BeschwF., nachdem sie nach Belehrung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht erklärt hatten, aussagen zu wollen, als Zeugen zur Sache vernommen. Bei keinem von beiden enthält das Protokoll einen Vermerk über die Vereidigung oder einen Gerichtsbeschluß, daß von der Vereidigung abgesehen werde.

Die Rüge einer Verletzung der §§ 58 Abs. 1, 61 StPO. — in Frage kommen seit dem Inkrafttreten des EideseinschrG. v. 24. Nov. 1933 die §§ 59, 61 — ist begründet. Die beiden Zeugen waren gem. § 52 StPO. zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt. Nach § 61 Nr. 3 StPO. konnte von ihrer Vereidigung nach dem Ermessen des Gerichts abgesehen werden. Die Fassung dieser Best. bedeutet gegenüber der des früheren § 58 Abs. 1 StPO. keine Änderung der Voraussetzungen für die Nichtvereidigung. Nach beiden Best. war es im vorliegenden Falle „dem richterlichen Ermessen“, „dem Ermessen des Gerichts“ überlassen, ob die Zeugen zu beeidigen waren oder nicht. Bei Bestehen eines Angehörigenverhältnisses der in § 52 Nr. 3 StPO. genannten Art ist der betreffende Zeuge nicht ohne weiteres uneidlich zu vernehmen, sondern es kann von seiner Vereidigung nur dann Abstand genommen werden, wenn das Gericht nach seinem Ermessen eine Vereidigung nicht für angezeigt hält. Ob das der Fall war, muß sich aus dem Protokoll mit solcher Deutlichkeit ergeben, daß das RevG. in die Lage versetzt ist nachzuprüfen, ob die Vereidigung ohne Rechtsirrtum unterblieben ist. Dieses Erfordernis ist durch die neue Best. des § 64 StPO. noch besonders betont. Danach ist, wenn die Vereidigung eines Zeugen nach §§ 60—63 StPO. unterbleibt, der Grund dafür im Protokoll anzugeben. Die Fälle, in denen das Gericht von der Vereidigung absehen kann, sind durch das EideseinschrG. v. 24. Nov. 1933 erheblich vermehrt worden. Deshalb muß nach dem Sinne der neuen Vorschr. für alle Beteiligten Klarheit darüber geschaffen werden, aus welchem Grunde die Vereidigung unterbleibt, und es bedarf einer Äußerung über die Nichtvereidigung und ihren Grund. Das bloße Vorliegen eines solchen Grundes kann nicht genügen, weil nicht ersichtlich ist, ob das Gericht überhaupt von seinem Ermessen Gebrauch gemacht und zu der Frage Stellung genommen hat. Enthält das Protokoll entgegen der ausdrücklichen Vorschr. des § 64 StPO. keine Angabe über den Grund der Nichtvereidigung, so muß gem. § 274 StPO. kraft der sog. negativen Beweiskraft (vgl. RGSt. 43, 438; 34, 385) angenommen werden, daß eine Entschließung darüber, warum von der Vereidigung Abstand genommen worden ist, der gesetzlichen Best. zuwider nicht erfolgt ist. Aus § 64 StPO. ist aber nicht herzuleiten, daß es in jedem Falle ohne weiteres eines ausdrücklichen Gerichtsbeschlusses bedürfte. Es verbleibt vielmehr bei dem für die bisherigen Vorschr. von der Rspr. entwickelten Grundsatz, daß über die Vereidigung oder Nichtvereidigung zunächst der zur Leitung der Verhandlung berufene Vorsitzende zu entscheiden hat (RGSt. 19, 355; 44, 65), und daß es eines Gerichtsbeschlusses nur dann bedarf, wenn von einem der Beteiligten ein Antrag auf Vereidigung des Zeugen gestellt oder die Maßnahme des Vorsitzenden sonst gem. § 238 Abs. 2 StPO. beanstandet wird (RGSt. 19, 354; 44, 65; 57, 263). Nach der amtl. Begr. zu § 64 StPO. entspricht die Vorschr. dem, was die Rspr. zum früher geltendem Recht als Grundsatz ausgebildet hat. Die Begründung weist darauf hin, daß die Rspr. an die Begründung eines Beschlusses, daß ein Zeuge unvereidigt zu bleiben habe, verhältnismäßig starke Anforderungen gestellt hat, und daß das Gesetz in diese Rspr. nicht eingreifen wolle. Sie hebt nur hervor, daß bei den Entsch., die auf §§ 61 und 62 beruhen, eine besondere Begründung dafür, weshalb das Gericht auf Grund der einen oder der anderen Vorschr. von der Vereidigung absieht, in der Regel nicht wird gefordert werden können; daß also z. B. der Ausspruch genügen wird, daß die Aussage nach der Ansicht aller Mitglieder des Gerichts unerheblich oder offenbar unglaubhaft ist, ohne daß dazu näher dargelegt werden müßte, weshalb das Gericht sie so ansieht. Würde der Gesetzgeber davon ausgegangen sein, daß gem. § 61 StPO. in allen Fällen stets nur auf Grund eines ausdrücklichen Gerichtsbeschlusses von der Vereidigung abgesehen werden könne, so würde die neue Best. des § 64 StPO. entbehrlich sein, weil ein solcher Beschl. ohne weiteres im Protokoll hätte angegeben werden müssen.

Der Verstoß mußte zur Aufhebung des Urt. führen, da nicht ausgeschlossen werden kann, daß das Urt. auf ihm beruht.

2. Nach der Vernehmung des B. als Zeugen ist von allen Beteiligten auf seine Vereidigung verzichtet, und es ist dann gemäß verkündetem Gerichtsbeschluß von der Vereidigung des Zeugen abgesehen worden. Nachdem sodann ein weiterer Zeuge vernommen worden war, wurde B. nochmals vorgerufen und ließ sich zur Sache aus. Eine nochmalige Vereidigung oder eine Versicherung gem. § 67 StPO. hat nicht stattgefunden. Darüber, daß die Beteiligten wiederum auf seine Vereidigung verzichtet hätten, ergibt sich aus der Verhandlungsniederschrift nichts. Nach der neuen Best. des § 59 StPO. sind die Zeugen einzeln und nach ihrer Vernehmung zu vereidigen. Erst nach der Vernehmung des Zeugen B. ist der Verzicht auf seine Beeidigung ausgesprochen worden, und es ist deshalb grundsätzlich davon auszugehen, daß er sich nur auf die bereits abgegebene Aussage bezog. Dafür, daß der BeschwF. etwa mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Zeugen oder aus anderen Gründen überhaupt, auch für alle späteren Vernehmungen dieses Zeugen in diesem Verfahren auf die Vereidigung verzichtet hat, fehlt jeder Anhalt. Deshalb mußte der Zeuge nach seiner neuen Vernehmung, da die Voraussetzungen der §§ 60, 61 StPO. nicht vorlagen, von neuem vereidigt werden oder die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern (§ 67 StPO.).

Der von der Rev. gerügte Verstoß gegen § 59 StPO. liegt demnach vor. Auch er mußte gem. § 337 StPO. zur Aufhebung des Urt. führen, da das Beruhen nicht ausgeschlossen werden kann.

(2. Sen. v. 29. Okt. 1934; 2 D 1159/34.) [W.]

<= RGSt. 68, 394.>

45. § 58 StPO. Die Bestimmung in § 58 (früher 59) Abs. 1 StPO., daß jeder Zeuge in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen sei, ist eine bloße Ordnungsvorschrift (RGSt. 40, 157). Auf die Behauptung, daß sie verletzt sei, kann die Rev. nicht mit Erfolg gestützt werden.

(4. Sen. v. 4. Dez. 1934; 4 D 834/34.) [L.]

46. §§ 61 Ziff. 5, 64 StPO. Ein auf § 61 Ziff. 5 StPO. gestützter Beschluß auf Nichtvereidigung eines Zeugen muß zum Ausdruck bringen, daß alle Mitglieder des Gerichts die Aussage für offenbar unglaubhaft gehalten haben und der Überzeugung waren, daß unter Eid eine wahre Aussage nicht zu erwarten sei.

Die Zeugin R., deren Vereidigung der Verteidiger „dem Gericht anheimstellte“, während der StA. beantragte, sie nicht

zu vereidigen, ist neben einem weiteren Zeugen gem. dem Beschl. des Gerichts unvereidigt geblieben, „weil ihre Aussagen offenbar unwahr sind und auch unter Eid eine wahre Aussage nicht zu erwarten ist“. Damit ist ersichtlich die Nichtvereidigung auf § 61 Ziff. 5 gestützt. Wie jedoch der erk. Sen. bereits in der Entsch.: JW. 1934, 2159[33] ausgesprochen hat, ist dieser Vorschrift nur dann Genüge geleistet, wenn in dem Beschl. (§ 64 StPO.) zum Ausdruck gebracht ist sowohl, daß alle Mitglieder des Gerichts die Aussage für (unerheblich oder für) offenbar unglaubhaft gehalten haben, als auch, daß nach der Überzeugung aller Mitglieder des Gerichts unter Eid eine (erhebliche oder eine) wahre Aussage nicht zu erwarten sei. Diesem Erfordernis wird der in der Niederschrift beurkundete Beschl. nicht gerecht. Der von der Rev. gerügte Verstoß gegen die §§ 61 Ziff. 5, 64 StPO. liegt daher vor. Dabei mag jedoch folgendes betont werden. In dem Beschl., der die Nichtvereidigung eines Zeugen gem. § 61 Ziff. 5 anordnet, brauchen nicht auch die Tatsachen und Erwägungen bezeichnet zu werden, die für die oben erörterte Überzeugung der Mitglieder des Gerichts maßgebend gewesen sind. Insoweit irrt die Rev., offenbar weil sie die Rspr. zu dem § 57 a. F. in diesem Punkt mißverstanden hat. Erforderlich war und ist die Feststellung des in den einzelnen Gesetzesvorschriften vorgesehenen Tatbestandes, der für die Vereidigung oder Nichtvereidigung eines Zeugen bestimmend ist, und die Angabe dieses Tatbestandes als Grund der Entsch. in der Niederschrift. Aber nicht erforderlich war und ist die Angabe der Unterlagen, auf denen jeweils die, in der Niederschrift zu beurkundende, Feststellung des gesetzlichen Tatbestandes, also die Überzeugung des Gerichts, beruht.

(1. Sen. v. 27. Nov. 1934; 1 D 1158/34.) [W.]

47. §§ 61 Ziff. 6, 64 StPO. Der in der Sitzungsniederschrift enthaltene Vermerk: „Auf die Beeidigung des Zeugen wird im allseitigen Einverständnis verzichtet“, kann dahin ausgelegt werden, daß nach dem Verzicht der Prozeßbeteiligten auf die Vereidigung das Gericht es gemäß § 61 Ziff. 6 StPO. für angemessen erachtet hat, von ihr abzusehen. Der Ordnungsvorschrift des § 64 StPO. ist damit genügt. Eine nähere Darlegung der Gründe, die für die Ermessensentscheidung des Tatrichters bestimmend waren, ist in diesem Fall des § 61 Ziff. 6 nicht geboten.

Über die Vereidigung des Zeugen M. enthält die Sitzungsniederschrift den Vermerk: Auf die Beeidigung des Zeugen wird im allseitigen Einverständnis verzichtet. Dies ist unbedenklich dahin auszulegen, daß nach dem Verzicht der StA., des Angekl. und des Verteidigers das Gericht es für angemessen erachtet hat, von der Vereidigung abzusehen. Die Rev. enthält zwar die allgemeine Bemerkung, „Ausnahmegründe der §§ 60, 61 seien nicht vorgelegen“. Den in § 274 StPO. offengelassenen Gegenbeweis, daß der Angekl. oder sein Verteidiger nicht verzichtet hätten, hat sie jedoch nicht zu führen gesucht.

Der Vorschrift des § 64 StPO., die übrigens nur eine Ordnungsvorschrift ist, ist in ausreichender Weise genügt (1 D 837/34 v. 19. Okt. 1934[1])). Eine nähere Darlegung der Gründe, die für die Ermessensentscheidung des Tatrichters bestimmend waren, erscheint in diesem Fall des § 61 Nr. 6 StPO. nicht geboten.

(1. Sen. v. 11. Dez. 1934; 1 D 1184/34.) [Hn.]

48. Die in dem § 246a Satz 1 StPO. angeordnete Vernehmung setzt rechtlich voraus, daß der Sachverständige, um eine zuverlässige Grundlage für sein Gutachten über den körperlichen Zustand zu gewinnen, den Körper des zu Entmannenden so weit untersucht, als er es seiner wissenschaftlichen Überzeugung gemäß und ohne Rücksicht auf persönliche Erklärungen des zu Untersuchenden oder eines Gefängnisbeamten für nötig hält.

Der zu Entmannende kann seine hier wesentlichen körperlichen Verhältnisse nicht so zuverlässig beurteilen wie der untersuchende Arzt. Die Fehlerquellen, die sich hieraus und aus sonstigen bewußt oder unbewußt unrichtigen Angaben des zu Untersuchenden und anderer nicht ärztlich vorgebildeter Personen ergeben, will die Verfahrensvorschrift des § 246a StPO. ausschalten. Sofern diese nicht beachtet und auf Grund einer Sachverständigenvernehmung entschieden wird, die ohne eine rechtlich ausreichende Untersuchung vorgenommen worden ist, liegt ein Verfahrensverstoß vor.

(3. Sen. v. 8. Nov. 1934; 3 D 1068/34.) [Hn.]

49. § 256 StPO. Die Verlesung eines ärztlichen Zeugnisses über eine durch ein Verbrechen nach § 176 Ziff. 3 StGB. begangene Körperverletzung ist auch dann unzulässig, wenn mit dem Verbrechen eine nicht schwere Körperverletzung zusammentrifft.

Die Rüge, daß das ärztliche Zeugnis in der Hauptverhandlung nicht hätte verlesen werden dürfen, ist begründet. Im Falle des § 176 Ziff. 3 StGB. darf das ärztliche Zeugnis über eine Körperverletzung nach § 256 StPO. jedenfalls dann nicht verlesen werden, wenn nur ein Verbrechen nach § 176 Ziff. 3 StGB. den Gegenstand des Verfahrens bildet (RGSt. 26, 38; 39, 286; 35, 162 steht nicht entgegen). Im vorliegenden Falle hat nun das Verfahren allerdings auch eine mit dem Verbrechen nach § 176 Ziff. 3 StGB. in Tateinheit stehende Körperverletzung betroffen, also eine „nicht schwere“ Körperverletzung, für die § 256 StPO. die Verlesbarkeit ärztlicher Atteste vorsieht.

Trotzdem war die Verlesung des Attestes nicht zulässig, da die Gründe, die für die Verneinung der Verlesbarkeit sprechen, wenn nur ein Verbrechen nach § 176 Ziff. 3 StGB. in Frage steht, auch dann Geltung haben, wenn mit dem Verbrechen eine „nicht schwere“ Körperverletzung rechtlich zusammentrifft. Es gilt auch hier, daß die Feststellung eines schweren Verbrechens eine erschöpfendere Beweisaufnahme erfordert als die Feststellung einer „nicht schweren“ Körperverletzung (RGSt. 26, 38; 39, 286), und daß deshalb die Anhörung des Arztes nicht entbehrt werden kann. Da das Urt. auf der Verlesung des Attestes mitberuht, mußte es aufgehoben werden.

(2. Sen. v. 5. Nov. 1934; 2 D 1233/34.) [W.]

50. § 260 StPO.; §§ 61, 185 StGB. Eine Freisprechung kann nicht mit der Begründung unterbleiben, daß die — von einer angeklagten Mehrheit von Handlungen — unbewiesene Tat im Falle des gelungenen Nachweises mit den zum Gegenstand der Verurteilung gemachten Handlungen eine Tat im Rechtssinne gebildet hätte. — Beleidigung der „Reichswehr“ als solcher. Strafantragsberechtigt ist lediglich der Reichswehrminister.

In dem Eröffnungsbeschlusse waren dem Angekl. zwei strafbare Handlungen vorgeworfen. Die zweite Straftat hat das LG. für nicht erwiesen erachtet. Gleichwohl hat es den Angekl. insoweit nicht freigesprochen, weil die zweite Tat, wenn sie begangen sein sollte, auf demselben einheitlichen Vorsatze wie die erste beruhen und deshalb zusammen mit ihr nur eine strafbare Handlung darstellen würde. Das wird von der Rev. mit Recht gerügt. Die ausgesprochene Verurteilung erschöpft nur den einen Anklagepunkt. Von der zweiten im Eröffnungsbeschlusse enthaltenen Beschuldigung hätte deshalb der Angekl. freigesprochen werden müssen.

Der Verurteilung des Angekl. liegt die Feststellung zugrunde, daß der Angekl. dem Obergefreiten K. gegenüber geäußert hat, die Reichswehr sei seiner Meinung wie eine Hure von der F.-Gasse. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß unter

[1]) JW. 1935, 47[20]

einer zusammenfassenden Bezeichnung wie „die Reichswehr" die Gesamtheit der Personen, die mit ihr gemeint sind, beleidigt werden kann. Auch ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das LG. aus dem, was der Angekl. zur Begründung jener Äußerung hinzugefügt hat, daß sich nämlich Reichswehrangehörige ihm zu gleichgeschlechtlichem Verkehr angeboten hätten, nicht geschlossen hat, jenes abfällige Urteil habe sich nur auf die sich dazu hergebenden Angehörigen der Reichswehr bezogen. Es war allein der Reichswehrminister als Vorgesetzter auch der sämtlichen übrigen Reichswehrangehörigen zuständig, die Strafverfolgung einer sie in ihrer Gesamtheit betreffenden Beleidigung zu beantragen. Das war auch in der RevInst. noch zulässig (RGSt. 68, 124[1])).

(4. Sen. v. 9. Nov. 1934; 4 D 713/34.) [W.]

51. § 261 StPO. **Letzte Zweifel, die der einzelne Richter hinsichtlich der Zuverlässigkeit der Blutgruppenforschung haben mag, dürfen nicht dazu führen, die durch die Wissenschaft herausgearbeiteten Grundsätze der Blutgruppenforschung unbeachtet zu lassen oder die aus ihnen sich für den Einzelfall ergebenden Folgerungen ohne nähere Begründung als ein nur geringwertiges Beweisanzeichen zu werten. Darin kann eine Überspannung der für die Bildung der richterlichen Überzeugung notwendigen Voraussetzungen liegen.**†)

Die Angekl. hat im Unterhaltsprozeß beschworen, daß sie während der Empfängniszeit nur dem Kraftfahrer L. We. und einem F. Wa., aber keinem anderen die Beiwohnung gestattet habe. Ersichtlich hält das SchwG. es für ausgeschlossen, daß Wa. der Vater des von der Angekl. geborenen Kindes sei. Zur Frage der Vaterschaft des L. We. ist das SchwG. nicht davon überzeugt, daß zwischen ihm und der Angekl. kein Geschlechtsverkehr (während der Empfängniszeit) stattgefunden habe. Es hält indessen durch das Ergebnis der Blutgruppenuntersuchung für zweifelsfrei festgestellt, daß L. We. und die Angekl. der Blutgruppe O, das Kind der Angekl. der Blutgruppe A angehört. Damit, so heißt es im angefochtenen Urt. weiter, sei „nach dem Gutachten des Sachverständigen in einer vom Standpunkt der Naturwissenschaft aus untrüglichen Weise dargetan, daß das Kind unmöglich aus einem Verkehr zwischen der Angekl. und L. We. stammen kann, also von einem anderen Manne stammen muß". Gleichwohl kommt das SchwG. zu dem Ergebnis, daß alle Verdachtsgründe einschließlich der durch die Sachverständigen gebrachten Ausführungen nicht zur Feststellung genügten, die Angekl. habe mit ihrer eidlichen Bekundung, daß sie außer L. We. und Wa. keinem Manne innerhalb der Empfängniszeit Geschlechtsverkehr gewährt habe, die Unwahrheit gesagt. Die Rev. macht geltend, aus dem angefochtenen Urt. gehe nicht klar hervor, ob das SchwG. sich der Stellungnahme des Sachverständigen, nach dem das Kind angesichts der Blutprobe nicht von L. We. stammen könne, anschließe. Dem kann nicht beigetreten werden. Denn der Zusammenhang der Gründe ergibt, daß das SchwG. zwar feststellt, daß das Kind der Blutgruppe A angehört, während L. We. und die Angekl. zu der Blutgruppe O gehören, daß aber das SchwG. nicht feststellen will, daß hieraus weiter hervorgehe, daß das Kind nicht von L. We. stammen könne. Es sieht in dem Sachverständigengutachten keinen ausreichenden Beweis hierfür, sondern nur ein wichtiges Beweisanzeichen und kommt nach Erwähnung noch anderer gegen die Angekl. sprechenden Umstände zu dem Ergebnis, daß alle Verdachtsgründe nicht zu der Feststellung ausreichen, daß die Angekl. auch mit anderen Männern außer We. und Wa. verkehrt und damit die Unwahrheit beschworen haben müsse.

Die nach § 261 StPO. erforderliche Überzeugung des Gerichts von der Schuld des Angekl. setzt nicht die Feststellung einer objektiven Wahrheit voraus. Ein solcher Beweis ist kaum je zu erbringen (RG. Rspr. 61, 206). Es muß für die Bildung der richterlichen Überzeugung die Feststellung einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit genügen. Es können nicht gewisse gänzlich fernliegende gedachte Möglichkeiten und die aus solchen Möglichkeiten abgeleiteten Zweifel die Bildung einer richterlichen Überzeugung von der Schuld des Angekl. entgegenstehen. Deshalb können auch letzte Zweifel, die der einzelne Richter hinsichtlich der Zuverlässigkeit der Blutgruppenforschung haben mag, weil deren Nachprüfung mangels genügenden Fachwissens ihm nur schwer möglich ist, nicht dazu führen, die durch die Wissenschaft herausgearbeiteten Grundsätze der Blutgruppenforschung unbeachtet zu lassen oder die aus ihnen sich für den Einzelfall ergebenden Folgerungen als ein nur geringwertiges Beweisanzeichen zu werten. Das tut aber das SchwG., indem es ohne nähere Begründung trotz Vorhandenseins auch noch anderer Verdachtsmomente ohne durch besondere, in den Umständen des Falles begründete Bedenken veranlaßt zu sein, die Möglichkeit einer Schuldfeststellung gegen die Angekl. ablehnt.

Die hierin liegende Überspannung der für die Bildung der richterlichen Überzeugung notwendigen Voraussetzungen muß zur Aufhebung des Urt. führen.

(1. Sen. v. 9. Nov. 1934; 1 D 549/34.) [Hn.]

52. Der unbedingte Revisionsgrund des § 338 Nr. 7 StPO. ist nur dann gegeben, wenn das Urteil hinsichtlich der abgeurteilten Handlung oder, falls mehrere strafbare Handlungen in Betracht kommen, hinsichtlich der einen oder der anderen von ihnen überhaupt keine Gründe enthält. Dagegen bezieht sich die Vorschrift nicht auf Fälle, in denen die vorhandenen Gründe mangelhaft sind (RGSt. 43, 297; 63, 184).

(3. Sen. v. 3. Dez. 1934; 3 D 1171/34.) [Hn.]

---

[1]) JW. 1934, 2072.

Zu 51. Die Fassung des obigen Urt. könnte zu dem Mißverständnis führen, daß das RG. für die Blutgruppenuntersuchung eine zwingende Beweisregel aufstellen wolle. Tatsächlich aber fordert das RG. lediglich einen Begründungszwang. Die Notwendigkeit voller Schuldüberzeugung bei Verurteilung des Angekl. soll nicht beseitigt werden. Daß die Entsch., trotz einiger bedenklicher Wendungen, nur in diesem Sinne verstanden werden kann, muß auch aus der durchaus stetigen Rspr. des RG. zu dieser Rechtsfrage entnommen werden.

Zunächst sind der Rspr. des RG. über den Begründungszwang folgende zwei Grundsätze zu entnehmen:

1. Soweit das Gericht für Fragen, die eine besondere Sachkunde voraussetzen, von der Zuziehung eines Sachverständigen absehen oder sich über dessen Meinung hinwegsetzen will, muß es sich selbst die nötige Sachkunde zutrauen und diese nach der Erfahrung des Lebens auch besitzen (RGSt. 61, 273; JW. 1931, 2495[22]; 1934, 2469[10]).

2. Wenn die besondere Beweislage, z. B. beim Vorliegen zweier sich widersprechender Sachverständigengutachten, hierzu Veranlassung gibt, ist der Sachverhalt in den Gründen des Urt. erschöpfend zu würdigen (JW. 1931, 2576[16]).

Da das SchwG. gegen diese zwingenden Gebote verstoßen hatte, hätte m. E. bereits aus diesen Gründen die Aufhebung des Urt. erfolgen müssen. Das RG. gründet seine Entsch. aber außerdem darauf, daß das SchwG. den Begriff der richterlichen Überzeugung verkannt habe. Indem es diesen Begriff im engsten Zusammenhange mit dem gekennzeichneten Begründungszwang erörtert, verquickt es zwei durchaus verschiedene Rechtsfragen. Dadurch werden die Voraussetzungen für die Bildung der richterlichen Überzeugung nicht eindeutig genug herausgestellt. Trotz der Förmelung der Urteilsgründe ist daran festzuhalten, daß eine Schuldfeststellung nur getroffen werden kann, wenn der Tatrichter von der Schuld des Angekl. voll überzeugt ist. Auch der geringste Zweifel erschüttert die nach § 261 StPO. erforderliche Überzeugung, auf die allein die Schuldfeststellungen sich gründen (RGSt. 66, 163). Mit Recht hat das BayObLG. für die Erlangung der richterlichen Überzeugung eine innere Stellungnahme zu den für den Schuldausspruch maßgebenden tatsächlichen Fragen gefordert, bei der alle, auch die leisesten Zweifel ausgeräumt sein müssen (JW. 1933, 2843[3]).

Durch die obige Entsch. werden die bisherigen Grundsätze der Rspr. also in keiner Weise verändert.

StA. Dr. Krille, Dresden.

Reichserbhofgericht*)

1. § 37 Abs. 2 REerbhofG. Ob ein wichtiger Grund für die Veräußerung von Erbhofgrundstücken gegeben ist, richtet sich nicht nur nach den Umständen, die den Bauern zu der Veräußerung zwingen, sondern auch nach der Person des Erwerbers und den Veräußerungsbedingungen. Erst wenn diese bekannt sind, kann einem Genehmigungsantrag stattgegeben werden.

Der Antragsteller Sp. ist Eigentümer eines Erbhofs von etwa 19,471 ha. Seit 1906 ist er verheiratet. Das einzige Kind aus dieser Ehe, eine Tochter, ist seit Oktober 1931 mit einem Lehrer verheiratet. Mit Schreiben v. 3. Jan. 1934 hat er beim AnerbG. um die Genehmigung nachgesucht, von seinem Erbhof 12,532 ha verkaufen zu dürfen. Als Grund gibt er an, bei der Verheiratung seiner Tochter habe er ihr eine Mitgift von 18000 RM zugesagt. Im Vertrauen hierauf habe sie für Wohnungseinrichtung, Wäsche usw. Schulden gemacht. Diese seien noch durch Krankheit seiner Tochter und andere Umstände derart groß geworden, daß sein Schwiegersohn sie nicht mehr bezahlen könne. Er selbst habe 6000 RM Schulden. Seine Frau sei kränklich und könne ihn bei der Bewirtschaftung seines Hofes nicht mehr unterstützen; deshalb sei er genötigt, den Hof zu verkleinern. Auch bei dem Versprechen der Mitgift im Jahre 1931 sei er sich darüber klar gewesen, daß er das Geld nur durch Verkauf von Grundstücken aufbringen könne. Das AnerbG. hat den Verkauf von Grundstücken unter der Bedingung genehmigt, daß der verbleibende Grundbesitz Erbhof bleibe und auch die zu verkaufenden Grundstücke beisammen bleiben und einen Erbhof bilden.

Hiergegen hat Antragsteller Beschwerde eingelegt und um die Genehmigung zum freihändigen Verkauf von 25 Tagwerken nachgesucht, weil ein Verkauf zur Errichtung eines neuen Erbhofes nicht möglich sei, da allein zur Errichtung neuer Gebäude und zur Beschaffung des Inventars mindestens 30000 RM erforderlich wären.

Das ErbhGer. hat durch Beschl. v. 21. März 1934 der Beschw. stattgegeben und das Verlangen des Antragstellers für begründet erachtet. Gegen diesen Beschluß hat der Landesbauernführer form- und fristgemäß sofortige weitere Beschw. eingelegt, die Erfolg hatte.

Dem Genehmigungsantrag steht vor allem schon entgegen, daß konkrete Veräußerungsgeschäfte noch gar nicht angegeben sind. Es steht noch nicht fest, an wen und unter welchen Bedingungen die Veräußerung stattfinden soll. Diese Angaben sind aber erforderlich, wenn geprüft werden soll, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung gegeben sind. Denn für die Frage, ob ein wichtiger Grund i. S. von § 37 Abs. 2 RErbhofG. vorliegt, ist nicht nur wesentlich, welche Umstände den Bauern zur Veräußerung veranlassen und welche Wirkung die Veräußerung einzelner Teile des Erbhofs für den Restbesitz hat, sondern es ist ebenso erheblich, wer die Grundstücke erwirbt, insbes., ob sie zur Vergrößerung oder Neubildung eines anderen Erbhofs verwendet werden oder ihre Erbhofeigenschaft verlieren oder gar, was mit den Grundsätzen des RErbhofG. völlig unvereinbar wäre, zu Spekulationszwecken verwendet werden. Wenn es andererseits auch nicht erforderlich ist, daß ein rechtsgültiger Vertrag über die beabsichtigte Veräußerung schon abgeschlossen ist, so müssen doch in jedem Falle die Person des Erwerbers und die Bedingungen, zu denen die Veräußerung erfolgen soll, so genau angegeben werden, daß alle für die Erteilung der Genehmigung wichtigen Umstände erschöpfend geprüft werden können. An alledem fehlt es im vorl. Falle. Es liegt weder ein Vertrag über die beabsichtigten Verkäufe vor, noch hat der Antragsteller irgendwelche Einzelheiten über die beabsichtigte Veräußerung angeben können. Selbst die Person des Erwerbers steht nicht einmal fest, und es ist noch ungewiß, ob überhaupt eine Veräußerungsmöglichkeit gegeben ist. Dazu kommt noch, daß für die Erteilung der Genehmigung überhaupt kein wichtiger Grund i. S. des § 37 Abs. 2 RErbhofG. dargelegt ist.

(RErbhGer., Beschl. v. 18. Okt. 1934, 3 RB 57/34.)

Erbhofgerichte

Bamberg

1. § 11 der 1. DurchfVO. mit § 10 der 2. DurchfVO. z. RErbhofG. und § 176 ZPO. Hat ein Notar auf Grund der Ermächtigung in § 10 der 2. DurchfVO. die Genehmigung eines von ihm beurkundeten Vertrags beantragt, und wird ihm die anerbengerichtliche Entsch. über den Antrag zugestellt, so kommt mit dieser Zustellung die Beschwerdefrist auch für die von dem Notar vertretenen, an der Beurkundung beteiligten Personen in Lauf. †)

Durch Beschl. des AnerbG. Sch. v. 21. März 1934 wurde die Genehmigung des Kaufvertrages zu Urkunde des Notariats N. vom 9. Okt. 1933 versagt. Der Antragsteller Georg Sch. hat gegen diesen an das Notariat N. als Bevollmächtigten der Beteiligten am 28. März 1934 zugestellten Beschl. mit Postkarte v. 10. April 1934, eingel. 12. April 1934, sofortige Beschw. eingelegt, welche durch Vorentsch. des Präs. des ErbhGer. v. 22. Sept. 1934 als verspätet und deshalb als unzulässig kostenfällig verworfen wurde. Gegen diese, ihm am 26. Sept. 1934 zugestellte Vorentsch. legte Georg Sch. mit Postkarte — eingel. am 2. Okt. 1934 — „Beschwerde“, richtig Einspruch ein.

Der Einspruch ist nach § 19 Abs. 2 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. zulässig, aber nicht begründet. Der Beschl. des AnerbG. wurde dem Notariat N. zu Recht am 28. März 1934 zugestellt, weil aus dem Antragsrecht des Notars nach § 10 der 2. DurchfVO. z. RErbhofG. folgt, daß die Entsch. des AnerbG. dem Notar zuzustellen ist, eine Zustellung an den Antragsberechtigten selbst unwirksam wäre und die Beschwerdefrist nicht in Lauf setzen würde (Wöhrmann, „Das Reichserbhofrecht“, 2. Aufl., Anm. 2 g aa Abs. 3 zu § 25 RErbhofG.). Die Beschwerdefrist von zwei Wochen nach § 48 RErbhofG. ist deshalb mit dem 11. April 1934 abgelaufen. Die Beschw. v. 10. April 1934, welche am 12. April 1934 in den Gerichtseinlauf kam, ist deshalb verspätet und mit Recht als unzulässig verworfen worden.

(ErbhGer. b. OLG. Bamberg, Beschl. v. 10. Okt. 1934, BeschwReg. Nr. 123/34.) [S.]

*

Celle

2. § 10 der 2. DurchfVO. z. RErbhofG. Hat ein Notar einen Antrag gemäß § 10 der 2. DurchfVO. gestellt, so können Zustellungen rechtswirksam nur an ihn erfolgen. †)

Das AnerbG. hat den von dem Notar gestellten Antrag auf Genehmigung der Veräußerungen abgelehnt.

Dieser Beschl. ist dem Bauern persönlich am 19. Sept. 1934 und dem Notar erst am 8. Okt. 1934 zugestellt worden. Am 7. Okt. legte der Notar im Namen der Vertragschließenden sofortige Beschw. gegen den Beschl. ein. Unter Hinweis darauf, daß er ausdrücklich mit der Durchführung der Anerbenrechtsangelegenheit bevollmächtigt worden sei, bat er zugleich um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine etwaige Versäumung der Beschwerdefrist.

Dieses Rechtsmittel ist zulässig.

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand braucht nicht erteilt

---

Zu 1 u. 2. Beide Entsch. sind richtig und stimmen mit fast allen bisherigen Äußerungen im Schrifttum überein. Eine andere Ansicht vertritt lediglich der Kommentar von Reitmair-Kruis in Fußn. 2 zu § 10 der 2. DurchfVO. z. RErbhofG., der die Zustellung der Entsch. an den Beteiligten selbst neben der an den antragstellenden Notar fordert, da sich die gesetzliche Vollmacht des § 10 nur auf die Antragstellung, nicht aber auf die sonstige Vertretung im Verfahren, insbes. auch nicht auf die Einlegung von Rechtsmitteln beziehe. Diese Ansicht ist unzutreffend, wie schon das KG. für das Gebiet des entsprechenden § 15 GBO. überzeugend dargetan hat (KGJ. 38, A 194 und 32, A 284).

Schon sehr bald nach Inkrafttreten des RErbhofG. machte sich in der Praxis das Bedürfnis einer dem § 15 GBO. entsprechenden Vorschr. für das Erbhofrecht geltend, dem der Gesetzgeber durch § 10 der 2. DurchfVO. Rechnung getragen hat. Irgendeine inhaltliche Abweichung von der Best. der GBO. war dabei bestimmt nicht gewollt, wie schon aus der engen Anlehnung im Wortlaut zu entnehmen ist. Die Grundsätze, welche Wissenschaft und Rspr. für die Anwendung der Best. der GBO. entwickelt haben, sind daher auch hier anzuwenden.

Danach ist der Notar kraft Gesetzes zur Antragstellung für alle an dem von ihm beurkundeten oder beglaubigten Rechtsgeschäft Beteiligten ermächtigt und handelt also bei Antragstellung in deren Namen, und zwar, wenn er nicht bei Antragstellung etwas anderes ausdrücklich erklärt, im Namen aller für das Geschäft Antragsberechtigten (vgl. GBO. von Güthe-Triebel Anm. 17 zu § 15).

Allein durch die Tatsache seiner Antragstellung wird der Notar zum Zustellungsvertreter für den- oder diejenigen, für den oder die er den Antrag gestellt hat, mit der Wirkung, daß die Zustellung an den Vertretenen rechtsunwirksam ist (§ 11 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG., § 16 Abs. 2 FGG., § 176 ZPO.). Die Anwendungsfähigkeit dieser Gesetzesstellen steht außer Zweifel, wenn der Notar seinen Antrag als gesetzlich Bevollmächtigter nach § 10 der 2. DurchfVO. gestellt hat, aber ohne weiteres dann, wenn der Notar auf Grund einer speziellen Vollmacht des Berechtigten den Antrag gestellt hatte. Die Entsch. von Celle hebt dies zutreffend hervor, wobei man jedoch die Einschränkung zu machen hat, daß man stets einen Antrag des Notars auf Grund des § 10 der 2. DurchfVO. wird annehmen müssen, wenn im Antrag nicht ausdrücklich das Gegenteil festgestellt wird. In allen

---

*) Das nächste Heft der JW. v. 23. Febr. 1935 ist vorwiegend dem Erbhofrecht gewidmet und wird außer wichtigen Abhandlungen über dieses Rechtsgebiet zahlreiche Entscheidungen des Reichserbhofgerichts und der Erbhofgerichte mit Anmerkungen bringen. D. S.

zu werden, weil die Rechtsmittelfrist in diesem Falle erst durch die Zustellung an den Notar in Lauf gesetzt worden ist. § 176 ZPO., wonach in einem anhängigen Rechtsstreit alle Zustellungen an den für den Rechtszug bestellten Bevollmächtigten erfolgen müssen, findet in dem Verfahren vor den AnerbG. — wie überhaupt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit — keine Anwendung. Hier muß vielmehr im Einzelfalle durch Auslegung festgestellt werden, ob die Vollmacht die ausschließliche Befugnis zur Empfangnahme von Zustellungen umfaßt (vgl. KGJ. 34, A 6 ff.). In diesem Falle hat der Notar auf Anfrage versichert, daß nach dem Willen der Vertragsparteien alle Zustellungen nur an ihn erfolgen sollten. Dafür spricht auch der Wortlaut der beiden Vollmachtserklärungen. Wenn jemand einen Notar mit der Herbeiführung einer Genehmigung beauftragt, so ist es gewöhnlich sein Wille, das ganze Verfahren in dessen Hand zu legen. Der Notar kann die ihm übertragene Aufgabe aber nur dann sachgemäß erledigen, wenn alle Schreiben der angerufenen Behörde an ihn gerichtet werden. Das gilt auch für die abschließende Entsch. Ergeht diese zugunsten seines Auftraggebers, so muß der Notar gewöhnlich sofort deren Durchführung veranlassen. Im umgekehrten Falle ist es seine Aufgabe, seinen Auftraggeber darüber zu beraten, ob ein Rechtsmittel Erfolg verspricht, er kann auch in die Lage kommen, wenn er von seinem Auftraggeber nicht rechtzeitig Nachricht bekommt, wenigstens vorsorglich die Entsch. anzufechten. Zu demselben Ergebnis führt in diesem Falle die Anwendung des § 10 der 2. DurchfVO. z. RErbhofG. Danach gilt der Notar, der das Rechtsgeschäft beurkundet hat, auch ohne ausdrückliche Bevollmächtigung als ermächtigt, im Namen des Antragsberechtigten die Entsch. des AnerbG. zu beantragen. In diesem Falle gilt er selbst als der Antragsteller. Das ist für die gleiche Best. des § 15 GBO. allgemein anerkannt (vgl. Güthe-Triebel, Bem. 21 zu § 15 GBO.; KGJ. 38, A 194 usw.). Danach mußten also alle Zustellungen an den Notar gerichtet werden. Der Ausnahmefall, daß der Notar den Antrag nicht selbst gestellt, sondern nur einen bereits gestellten Antrag weitergeleitet hat (vgl. KGJ. 32, A 284), liegt hier nicht vor. Da demnach die Zustellung an den Bauern selbst nicht geeignet war, die Rechtsmittelfrist in Lauf zu setzen, ist die sofortige Beschw. zulässig. Übrigens würde auch im anderen Falle die begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen sein, weil man unter den obwaltenden Umständen dem Bauern keinen Vorwurf daraus machen kann, daß er geglaubt hat, der Beschl. sei auch dem Notar zugestellt worden und dieser werde schon von sich aus die nötigen Schritte veranlassen.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 11. Dez. 1934, 2 EH 2473/34.) [—n.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit

1. § 19 DevVO. v. 23. Mai 1932 (RGBl. I, 231). Auf Grund der Löschungsbewilligung oder löschungsfähigen Quittung eines ausländischen Gläubigers kann eine Hypothek nur gelöscht werden, wenn die Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle beigebracht wird. Diese Genehmigung kann nicht durch eine Bescheinigung der Devisenbewirtschaftungsstelle, daß eine Genehmigung nicht erforderlich sei, ersetzt werden. †)

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 23. Aug. 1934, 1 X 303/34.)

Abgedr. JW. 1934, 3070 [1].

*

---

diesen Fällen handelt es sich um eine echte Vertretung, die nur dann nicht vorliegt, wenn der Notar einen von dem Berechtigten schriftlich gestellten Antrag einfach als Bote an die zuständige Stelle weiterleitet.

Hieraus ergibt es sich, daß die Rechtsmittelfrist in diesen Fällen nur durch Zustellung der Entsch. an den antragstellenden Notar in Lauf gesetzt werden kann, wie es beide Gerichte übereinstimmend feststellen.

Aus dieser Sach- und Rechtslage ergibt sich für den Notar die Pflicht, von jeder ihm zugestellten Entsch. die Antragsberechtigten unverzüglich in Kenntnis zu setzen und die fristgerechte Weiterbehandlung der Sache zu überwachen, gegebenenfalls, wenn er von den Berechtigten keine rechtzeitige Nachricht erhalten kann, auch vorsorglich das gegebene Rechtsmittel von sich aus einzulegen, um Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzung zu vermeiden.

Notar Schieck, Markt Grafing b. München.

Zu 1. Der Entsch. des KG. ist in ihrem ersten Teile nur beschränkt zuzustimmen, auch wenn es sich um eine Hypothek handelt, die unter die Bestimmung des § 19 DevVO. fällt.

Auch was den zweiten Teil der Entsch. betrifft, kann dem KG. nicht ohne Bedenken zugestimmt werden.

I. Zunächst sei darauf hingewiesen — der Entscheidungssatz des KG. könnte zu Irrtümern Anlaß geben —, daß nicht in allen Fällen, in welchen eine löschungsfähige Quittung oder eine Löschungsbewilligung eines ausländischen Gläubigers vorliegt, die Hypothek nur gelöscht oder umgeschrieben werden kann, wenn die Genehmigung der Devisenstelle vorliegt. So ist in den Fällen der Ri. II/38c zur DevVO., welche Bestimmung, da sie Ausnahmen von § 13 Abs. 3 DevVO. festsetzt, gem. § 35 Abs. 1 Satz 2 DevVO. Gesetzeskraft hat, keine Genehmigung der Devisenstelle nötig. Ebenso wie im Falle des Verzichtes eines ausländischen Gläubigers auf eine Altforderung (II/38c der Ri. i. Verb. m. § 13 Abs. 3) ist auch keine Genehmigung nötig, wenn ein ausländischer Gläubiger über eine Neuforderung (§ 13 Abs. 2 DevVO.) durch Verzicht auf dieselbe verfügt. Im letzteren Falle liegt keine Verfügung über eine Reichsmarkforderung gem. § 13 Abs. 2 DevVO. zugunsten eines Ausländers vor.

Nach dem Gesagten liegt die Frage nahe, ob nicht auch im Falle des § 19 DevVO. eine Genehmigung der Devisenstelle nicht nötig ist, wenn der ausländische Gläubiger auf seine Forderung verzichtet. Die Frage ist m. E. zu bejahen:

§ 19 DevVO. bedeutet eine Erweiterung des § 13 Abs. 3 DevVO.; er beruht im wesentlichen auf den gleichen Gedanken wie § 13 Abs. 3 DevVO. und ist die rechtliche Grundlage dafür, daß Werte, die nach dem 19. Febr. 1932 zugunsten eines Ausländers durch die Veräußerung von inländischen Vermögensanlagen, insbes. von Grundstücken oder Gegenständen, die zu einer Erbschaft gehören, entstanden sind, im Inlande festgehalten werden. Im Falle eines Verzichtes eines ausländischen Gläubigers auf seine gem. § 19 DevVO. entstandene Forderung bleiben die festzuhaltenden Werte dem Inlande erhalten. Für die Anwendung des § 19 DevVO. ist in diesem Falle daher kein wirtschaftlich berechtigter Grund gegeben; eine analoge Anwendung des Gedankens von II/38c der Ri. ist daher durchaus möglich, zumal § 19 DevVO., wie bereits erwähnt, auf dem gleichen Rechtsgedanken wie § 13 Abs. 3 DevVO. beruht.

Stellt man sich auf den eben vertretenen Standpunkt, so wird man folgern müssen, daß das Gericht nicht ohne weiteres hätte feststellen dürfen, daß der vorl. Fall genehmigungspflichtig sei; vielmehr wäre zunächst zu prüfen gewesen, ob nicht im vorl. Falle ein Verzicht des ausländischen Gläubigers vorliegt.

II. Die Ausführungen des KG. zum zweiten Teile seiner Entsch. sind besonders begrüßenswert insofern, als in ihnen zu verschiedenen Fragen Stellung genommen wird, die sich aus den Beziehungen zwischen Devisenstellen und Gerichten ergeben können; dem KG. kann jedoch trotzdem nicht ohne Bedenken zugestimmt werden:

Es ist ohne Zweifel richtig, daß die Gerichte und Grundbuchbehörden von besonders vom Gesetzgeber geregelten Fällen abgesehen (z. B. § 10 der 8. DurchfVO. v. 17. April 1934 [RGBl. I, 313] zur DevVO. v. 23. Mai 1932), nicht an die Entsch. der Devisenstellen gebunden sind; die Gerichte und Grundbuchbehörden können daher bei der Prüfung der Frage, ob eine Genehmigung der Devisenstelle nötig ist, zu einem anderen Ergebnis als diese kommen und die nötigen Folgerungen daraus ziehen.

Im vorl. Falle kommt jedoch das KG., wie aus den Entscheidungsgründen sogar teilweise ersichtlich ist, zu keinem befriedigenden Ergebnis; dies ergibt sich aus folgendem:

Das KG. kann keine Wege zeigen, wie der BeschwF. die nötige Genehmigung erlangen könne, und begnügt sich mit dem Hinweis, daß es dem BeschwF., wenn die Devisenstelle auf ihrem Standpunkt beharren und keine Genehmigung erteilen sollte, überlassen bleiben muß, in geeigneter Weise eine andere Stellungnahme der Devisenstelle herbeizuführen. Nach Lage des Falles — das KG. hat bereits rechtskräftig entschieden — bleibt ihm nur mehr die Möglichkeit offen, sich an die Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung mit der Bitte zu wenden, daß sie die Devisenstelle anweist, die nach deren Ansicht nicht benötigte Genehmigung zu erteilen. Die Reichsstelle kann dem Gesuch nun stattgeben; sie kann aber auch den Standpunkt der Devisenstelle billigen und das Gesuch ablehnen. Im letzteren Falle ist es nicht abzusehen, welche Schäden für den Gesuchsteller erwachsen; aber auch wenn dem Antrag des um die Genehmigung Nachsuchenden stattgegeben wird, kann infolge der langen Zeit, die durch die verschiedenen Beschwerden und Gesuche ohne Grund versäumt wurde, je nach Lage des Falles geringerer oder größerer Schaden erwachsen. Dabei ist noch als wichtiger Gesichtspunkt zu erachten, daß, was die gefundene Lösung dieses Falles noch unbilliger erscheinen läßt, ein Schaden eintritt oder eintreten kann, der wirtschaftlich keinesfalls gerechtfertigt ist; denn in den Fällen, in welchen die Devisenstelle erklärt, daß keine Genehmigung nötig sei, wird sie in der Regel — es lassen sich zwar gegenteilige, aber höchst selten vorkommende Fälle denken — mittelbar bescheinigen, daß dieselben vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus unbedenklich sind.

Nach alledem wäre es im vorl. Falle nötig gewesen, daß das KG. eingehend geprüft hätte, ob bei einer nach den Umständen an-

2. §§ 1809, 1837, 1886, 1915 BGB. **Sieht das Vormundschaftsgericht keinen Anlaß, in einer reinen Zweckmäßigkeitsfrage gegen den Vormund (Pfleger) gemäß §§ 1837, 1886, 1915 BGB. einzuschreiten, so darf es dem Vormund nicht die Genehmigung zur Abhebung von Mündelgeld zur Durchführung der aus Zweckmäßigkeitsgründen vom Vormund (Pfleger) für richtig gehaltenen Maßnahme verweigern.**

Bei der Frage der Genehmigung zur Abhebung von Mündelgeld ist das Interesse des Mündels (Pfleglings) maßgebend. Es darf hierbei indessen nicht das Prinzip der Selbständigkeit der Führung der Vormundschaft bzw. Pflegschaft verletzt werden. Die Frage, ob der fragliche Regreßprozeß gegen den Fiskus geführt werden soll oder nicht, ist eine reine Zweckmäßigkeitsfrage, in der grundsätzlich der Pfleger allein zu entscheiden hat, und in der er grundsätzlich an Weisungen des VormGer. nicht gebunden ist (vgl. u. a. OLG. 7, 126; 10, 12; 33, 366; KGJ. 21, A 195; ebenso auch RGRKomm. Anm. 1 zu § 1837 BGB.: Das VormGer. darf auch hinsichtlich der Rechtsstreitigkeiten mit dritten Personen in das dem Vormunde zustehende freie Ermessen, solange dieser nicht geradezu pflichtwidrig handelt, nicht eingreifen). Wenn die Rechtsfrage, ob ein Regreßanspruch wegen schuldhafter Amtspflichtverletzung des Vormundschaftsrichters besteht, von dem Pfleger, der selbst RA. ist, anders beurteilt wird, als von den Vorinstanzen, so ist es grundsätzlich das gute Recht des Pflegers, seiner eigenen Überzeugung entsprechend zu verfahren; eine Pflichtwidrigkeit liegt darin nicht (OLG. 33, 367). Nur wenn der Standpunkt des Pflegers so offensichtlich unhaltbar wäre, daß ihm diese Unhaltbarkeit bei unbefangener Prüfung nicht verborgen bleiben könnte, würde von Pflichtwidrigkeit gesprochen werden können (vgl. auch Opet, Anm. zu JW. 1922, 1006 [3]). Das scheint aber das LG. ebensowenig wie das VormGer. annehmen zu wollen; denn in dem angefochtenen Beschlusse wird der Ausgang des Rechtsstreits als zweifelhaft und mit erheblichem Risiko verbunden erachtet. Diese Beurteilung schließt die Annahme einer Pflichtwidrigkeit ohne weiteres aus. Es ist auch rechtsirrig, ein Verschulden des Pflegers darin zu sehen, daß er nicht vorher die Genehmigung des VormGer. eingeholt habe. Vielmehr war der Pfleger bei der Entsch. der Frage, ob der Regreßprozeß angestrengt werden sollte, selbständig und selbst verantwortlich, zumal er RA. ist.

Die Entsch. muß vielmehr unter ganz anderen rechtlichen Gesichtspunkten, als die Vorinstanzen im Auge haben, ergehen. Hält das VormGer. bzw. das an seine Stelle zufolge Beschwerdeeinlegung getretene BeschwG. den Standpunkt des Pflegers für so offenkundig verfehlt und völlig abwegig, daß es in dem Verharren bei diesem Standpunkt eine Pflichtwidrigkeit erblicken möchte, so hat es die Möglichkeit, gem. §§ 1837, 1915 BGB. gegen den Pfleger durch Gebote oder Verbote einzuschreiten. Sieht es eine Pflichtwidrigkeit, wie anscheinend vorliegend, nicht als gegeben an, so bleibt lediglich der Weg über §§ 1886, 1915 BGB., um der Auffassung des Gerichts Geltung zu verschaffen, sofern nämlich durch die Fortführung des Amtes durch den bisherigen Pfleger, also die Verwirklichung seines Rechtsstandpunkts hinsichtlich des Regreßanspruches, das „Interesse des Mündels gefährdet würde“, wobei es nicht der Feststellung eines Verschuldens des Pflegers bedürfte. Es erscheint indessen nicht angängig, daß das Gericht keinen dieser Wege beschreitet, also die von dem Vormund (Pfleger) beabsichtigte Verwirklichung seiner Auffassung duldet, ihm aber gleichzeitig die hierzu benötigten Mittel aus dem Mündelvermögen verweigert.

Die hierauf hinauslaufende Entsch. der Vorinstanzen ist auch nicht mit §§ 1835, 1915 BGB. in Einklang zu bringen. Danach kann der Pfleger, wenn er zum Zwecke der Pflegschaft Aufwendungen macht, gem. §§ 669, 670 BGB. von dem Pflegling Vorschuß oder Ersatz verlangen, wobei auch solche Dienste des Pflegers, die zu einem Berufe gehören, als Aufwendungen gelten. Entscheidet sich also der Pfleger kraft seiner ihm vom Gesetz zuerkannten Selbständigkeit für Führung eines Rechtsstreits, so ist damit ein liquider Anspruch auf Ersatz der bereits entstandenen Aufwendungen (§ 670 BGB.) und auf Vorschuß für die weiteren erforderlichen Aufwendungen (§ 669 BGB.) zur Entstehung gelangt. In diesem Rahmen wird man den Betrag, den ein RA. gesetzmäßig als Vorschuß von seinem Auftraggeber verlangen kann, auch ohne weiteres i. S. des § 669 BGB. als erforderlich erachten müssen. Inwiefern dieser Anspruch etwa, wie das LG. hinsichtlich der anwaltlichen Prozeßgebühr meint, zweifelhaft sein sollte, ist nicht ersichtlich. Gegenüber diesem Anspruch könnte nur eingewendet werden, daß der Pfleger bei Führung des Rechtsstreits pflichtwidrig gehandelt, deshalb sich schadensersatzpflichtig gemacht habe (§§ 1833, 1915 BGB.) und insofern auch keinen Ersatz der für erforderlich gehaltenen Aufwendungen oder Vorschuß verlangen könne. Es bedürfte also auch hier der Feststellung einer Pflichtwidrigkeit, die die Vorinstanzen nicht getroffen haben, die aber auch für sich, wie zuvor dargelegt, ohne weiteres zu einer Anweisung an den Pfleger führen könnte, die beabsichtigten Aufwendungen durch Führung des Rechtsstreits zu unterlassen. Mangels Annahme einer Pflichtwidrigkeit würde der Anspruch des Pflegers auf Ersatz bzw. Vorschuß aber ein liquider Anspruch sein. Ihm die Mittel zur Befriedigung eines liquiden Anspruchs freizugeben, liegt im Interesse des Pfleglings (1a X 656/33).

Übrigens würde der von den Vorinstanzen eingeschlagene Weg nicht zu dem von ihnen erstrebten Ziele führen; denn der Pfleger könnte nicht gehindert werden, von den Einkünften des Pfleglings die zur Deckung der Prozeßkosten erforderlichen Beträge zu entnehmen (vgl. auch OLG. 18, 298).

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 16. Nov. 1934, 1a X 1413/34.)

Ber. von KGR. Heydtmann, Berlin.

---

gebrachten möglichst milden Würdigung des Falles die Bescheinigung der Devisenstelle, daß keine Genehmigung nötig sei, nicht doch als ausreichender Ersatz für eine nach Ansicht des Gerichts nötige Genehmigung hätte betrachtet werden können; eine solche genaue Prüfung scheint nicht stattgefunden zu haben, da das KG. sich bei der Würdigung dieser Frage, ohne nähere Gründe hierfür anzugeben, darauf beschränkte, festzustellen, daß eine solche Annahme im gegebenen Falle nicht möglich gewesen sei.

Wenn wir selbst uns die vom KG. anscheinend nicht genügend behandelte Frage vorlegen, so müssen wir zu dem Ergebnis kommen, daß in den Fällen, in welchen die Devisenstelle bescheinigt, daß keine Genehmigung nötig sei, ohne jede Bedenken den Anträgen von Parteien stattgegeben werden darf; denn damit, daß die Devisenstelle bescheinigt, daß keine Genehmigung nötig sei, gestattet sie den Gerichten, daß diese den Anträgen ohne ihre Zustimmung stattgeben können, und ermöglicht mithin den Abschluß von Geschäften und Rechtshandlungen, worin man sinngemäß die Erteilung einer nötigen Genehmigung erblicken kann, wenn diese auch formell nicht vorliegt. Auf Grund einer solchen, nicht zu strengen Auslegung kommen die Gerichte zu einer Entsch., die nicht mit dem Gesetze in Widerspruch steht, die vielmehr im Sinne des Gesetzgebers gelegen ist, welcher nicht will, daß die durch das Devisenrecht gebrachten Schwierigkeiten noch durch eine ohne Grund überspannte formale Auslegung der Bestimmungen erhöht werden.

Wollte man der strengen Ansicht des KG. beipflichten, so wird man doch jedenfalls zugeben müssen, daß das Ergebnis, zu welchem das entscheidende Gericht kam, keinesfalls ein befriedigendes ist; weitere Begründungen hierfür dürften sich nach dem oben Ausgeführten erübrigen. Eine Klärung der vorliegenden Frage ist daher, da sie, solange nicht der Gesetzgeber selbst hierzu Stellung genommen hat, nicht einwandfrei gelöst werden wird, dringend erwünscht.

Neben der hier behandelten Frage können sich jedoch noch weitere ergeben, wenn Gerichte und Devisenstellen widersprechende Entscheidungen treffen; hierüber soll in einem besonderen Artikel, in welchem das Verhältnis der Devisenstelle zu anderen Behörden behandelt wird, Näheres ausgeführt werden.

NotAss. Dr. J. v. Edlinger, Augsburg.

Bayerisches Oberstes Landesgericht

Berichtet von Oberstlandesgerichtsrat Dr. Hölldorfer und Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Dieß, München

Strafsachen

1. § 7 Abs. 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 **gilt auch für noch anhängige Verfahren.** § 2 Abs. 2 Satz 2 WeinG. v. 25. Juli 1930 **verbietet jede Vermischung zwischen deutschem und ausländischem Weißwein sowie jede Vermischung zwischen deutschem und ausländischem Rotwein, wenn der Anteil des ausländischen Rotweins ein Viertel der Gesamtmenge übersteigt.**

Der Angekl. hatte nach dem Inkrafttreten des WeinG. v. 25. Juli 1930 fortgesetzt größere Mengen ausländischen Weißweines mit geringeren Mengen deutschen Weißweines, ferner etwa 1900 l Dalmatiner Rotwein mit rund 1000 l Pfälzer Rotwein vermischt. Er wurde durch Urteil der StrK. wegen eines fortgesetzten Vergehens gegen § 26 Abs. 1 Nr. 1 i. Verb. m. § 2 Abs. 2 WeinG. zur Geldstrafe von 150 *RM*, ersatzweise zu drei Wochen Gefängnis verurteilt; die vermischten Weine wurden, soweit noch vorhanden, eingezogen. Die vom StA. zugunsten des Angekl. eingelegte, auf Verletzung der angeführten Best. des WeinG. gestützte Rev. wurde, soweit die Einziehung in Frage kommt, im wesentlichen aus folgenden Gründen verworfen.

Da die Tat vor dem 2. Aug. 1934 begangen, der Angekl. hierwegen nur zu einer Geldstrafe von 150 *RM*, ersatzweise zu

einer Gefängnisstrafe von drei Wochen, verurteilt, die Rev. vom StA. zugunsten des Angekl. eingelegt worden ist und daher nach § 358 Abs. 2 StPO. eine härtere Strafe nicht mehr in Betracht kommt, so ist das Verfahren auf Grund des § 2 Abs. 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 einzustellen.

Von der Einstellung des Verfahrens wird jedoch die Entsch. der Frage, ob auf Einziehung der Erzeugnisse und Stoffe, auf die sich die Zuwiderhandlung gegen §§ 26 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 2 Satz 2 WeinG. bezieht, zu erkennen ist, nicht betroffen. Auch die Einziehung nach § 28 WeinG. ist, wie übereinstimmend von Rspr. und Schrifttum (vgl. u. a. RGSt. 50, 386, 392; BayObLGSt. 19, 31, 108; 20, 36; Stenglein, Strafr. Nebengef., 5. Aufl., WeinG. v. 25. Juli 1930 § 28 Bem. 1; WeinG. v. 7. April 1909 § 31 Bem. 2) anerkannt wird, nicht als Nebenstrafe, sondern als polizeiliche Vorbeugungs- und Sicherungsmaßregel anzusehen. Auf solche Maßregeln erstreckt sich grundsätzlich eine Amnestie nicht, wenn das Gesetz nichts Gegenteiliges bestimmt. In § 7 Ges. v. 7. Aug. 1934 ist überdies ausdrücklich bestimmt, daß der Straferlaß, der zwar regelmäßig auch Nebenstrafen und Sicherungsmaßnahmen ergreift, sich nicht auf Einziehung und Unbrauchbarmachung erstreckt.

Nach dem Wortlaut dieser Best. bezieht sich die Ausnahme an sich auf die rechtskräftig ausgesprochene Einziehung und Unbrauchbarmachung. Allein es ist kein Grund einzusehen, warum das Gesetz den Täter, gegen den das Verfahren noch anhängig ist, anders, nämlich milder behandeln soll als den bereits rechtskräftig abgeurteilten Täter; auch bezüglich der materiellen Voraussetzungen der Straffreiheit wird kein Unterschied zwischen dem rechtskräftig abgeurteilten und dem nicht rechtskräftig abgeurteilten Täter gemacht. Die Best. des § 7 Abs. 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 gilt nach dem Willen des Gesetzgebers auch für das noch anhängige Verfahren (vgl. Beschluß des BayObLG. v. 1. Okt. 1934, RR II 111/34: Ztschr. f. Zölle u. Verbrauchssteuern 1934, 354 ff.; für den gleich gelagerten Fall des StraffreihG. v. 20. Dez. 1932 auch Busch-Schäfer, Ges. v. 20. Dez. 1932, § 4 Bem. IV).

Der Senat hält an seiner ständigen Rspr. fest, wonach die Weiterführung eines einmal anhängigen Verfahrens zum Zwecke der Durchführung eines staatlichen Einziehungsanspruches ungeachtet seiner sonstigen Erledigung durch Niederschlagung zulässig, daß also der unmittelbare Übergang vom subjektiven Verfahren zum objektiven Verfahren statthaft ist[1]). Der zur Weiterverfolgung des Einziehungsanspruches in diesem Verfahren nach § 430 StPO. erforderliche Antrag des StA. auf Einziehung ist gestellt.

Die Anordnung der Einziehung nach § 28 WeinG. ist von dem Vorliegen einer schuldhaft begangenen strafbaren Handlung nach § 26 WeinG. abhängig (vgl. Stenglein a. a. O.; WeinG. 1930 § 28 Bem. 1 i. Verb. m. WeinG. 1909 § 31 Bem. 3; RGSt. 50, 392, 393). Es hat also darauf anzukommen, ob das angefochtene Urteil die äußeren und inneren Tatbestandsmerkmale des Vergehens nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 i. Verb. m. § 2 Abs. 2 Satz 2 WeinG. rechtlich einwandfrei festgestellt hat.

Die Rev. bestreitet, daß diese Tatbestandsmerkmale erfüllt seien, da der Verschnitt von ausländischem Wein mit deutschem Wein nicht verboten sei, und da der Angekl. auf alle Fälle seine Handlung für erlaubt gehalten habe.

Die Best. des § 2 Abs. 2 Satz 2 WeinG. schreibt vor: „Deutscher Wein darf nicht mit ausländischen Erzeugnissen verschnitten werden; es ist jedoch gestattet, deutschem Rotwein bis zu einem Viertel der Gesamtmenge ausländischen Rotwein zuzusetzen."

Nach dieser gesetzlichen Best. besteht kein Zweifel, daß das Verschneiden eines deutschen Weines — abgesehen von der bezeichneten Einschränkung bezüglich des Rotweines — mit ausländischem Wein nicht zulässig ist. Dagegen ist streitig die Frage, ob auch das Verschneiden ausländischen Weines mit deutschem Wein unzulässig ist, d. h. ob das Verschneiden auch dann nicht statthaft ist, wenn der ausländische Wein, sei es nach Menge, sei es nach Art überwiegt. Die Frage wird verneint u. a. von Hepp in einem Aufsatze in Nr. 54 der Deutschen Weinzeitung v. 20. Juli 1932, dagegen bejaht in zwei Entschließungen des RMdJ. v. 14. März und v. 21. Mai 1932, von dem OLG. Stuttgart in dem in Nr. 16 der Deutschen Weinzeitung v. 28. Febr. 1933 in seinen wesentlichen Gründen veröffentlichten Urt. v. 18. Jan. 1933 sowie von Holthöfer: JW. 1933, 2630, anscheinend auch von Stenglein a. a. O., § 2 Bem. 3 und 4. Der erk. Sen. schließt sich der letzteren Auffassung an.

Nach der angegebenen Best. des § 2 Abs. 2 WeinG. darf deutscher Wein nicht mit ausländischen Erzeugnissen verschnitten werden. Was unter Verschnitt und Verschneiden i. S. des WeinG. zu verstehen ist, bestimmt der Abs. 1 des § 2, der lautet: „Es ist gestattet, Wein aus Erzeugnissen verschiedener Herkunft oder verschiedener Jahre herzustellen (Verschnitt)." Nach dieser gesetzlichen Definition ist also Verschnitt i. S. des WeinG. der aus Erzeugnissen verschiedener Herkunft oder verschiedener Jahre hergestellte Wein, sohin der aus der Mischung hergestellte Wein; daraus ergibt sich, daß unter Verschneiden das Mischen von Weinen verschiedener Herkunft oder verschiedener Jahre zu verstehen ist. Vielfach wird die Vermischung in der Weise erfolgen, daß einer der Bestandteile der Mischung der führende Wein ist, sei es der Menge, sei es der Art nach, und daß der übrige Wein als in dem führenden Wein untergegangen anzusehen ist. Es mag sein, daß in weiten Kreisen des Weinhandels der führende Wein als der zu verschneidende, der übrige Wein als der Verschnittwein bezeichnet und unter Verschneiden diese Art des Vermischens erblickt wird. Allein die Best. des § 2 Abs. 1 WeinG. beschränkt den Begriff des Verschneidens nicht auf diese Art; es kann nicht angenommen werden, daß die vom Gesetzgeber in dieser Best. gebrauchten Worte Verschnitt und Verschneiden in verschiedenem Sinne angewendet werden; in vielen Fällen, insbes. bei der Vermischung von zwei oder gar mehr Weinen mit nicht besonders ausgeprägtem Charakter in ungefähr gleichen Mengen, wird von einem nach Menge oder Art führenden Wein überhaupt nicht gesprochen werden können. Hätte das WeinG. diese letzte Art der Vermischung von verschiedenen Weinsorten nicht als Verschneiden i. S. des Gesetzes behandelt wissen wollen, so hätte es dies irgendwie zum Ausdruck bringen müssen. Dies ist nicht geschehen. Unter den Begriff Verschneiden fällt daher jedes Vermischen verschiedener Weinsorten. Dem Begriffe Verschnitt und Verschneiden i. S. des WeinG. ist ein führender (zu verschneidender) Wein und ein Zusatzwein ((Verschnittwein) nicht wesentlich. Die Weine, aus denen der Verschnitt, die Mischung, hergestellt wird, nennt das Gesetz Anteile der Gesamtmenge (§ 7 Abs. 1 WeinG.); die Anteile stehen sich rechtlich vollkommen gleich, das Mischungsverhältnis ist vollkommen unwesentlich, abgesehen von dem Falle des § 7 Abs. 1, wonach ein Verschnitt nur dann nach einem der Anteile bezeichnet werden darf, wenn dieser mindestens zwei Drittel der Gesamtmenge beträgt.

Bedeutet aber Verschneiden nichts anderes als Vermischen und stehen sich die Anteile des Verschnitts grundsätzlich rechtlich gleich, so wird durch die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 2 WeinG. jegliche Mischung von deutschem Wein mit ausländischem Wein — abgesehen von der besonders normierten Einschränkung bezüglich des Rotweines — untersagt, gleichviel, ob der deutsche Wein oder der ausländische Wein der überwiegende Anteil ist oder nicht.

Für diese Auslegung der Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 2 WeinG. spricht auch die Best. des Abs. 5 desselben Paragraphen. Nach dieser Vorschrift darf der aus amerikanischen Ertragskreuzungen gewonnene Wein nicht mit anderem Wein verschnitten und nur unter der Bezeichnung „Hybridenwein" in den Verkehr gebracht werden; nach der am 1. Sept. 1935 an Stelle dieser Best. tretenden Vorschrift des § 13 Abs. 1 (vgl. § 34 Abs. 3 WeinG.) dürfen Traubenmaische, Traubenmost und Wein, die ganz oder teilweise aus amerikanischen Ertragskreuzungen gewonnen worden sind, nicht mehr in den Verkehr gebracht werden. Das WeinG. will also ab 1. Sept. 1935 dem sog. Hybridenwein den Verkehr völlig verschließen, in einer gewissen Übergangszeit bis dahin den Verkehr mit Hybridenwein möglichst einschränken. Es wird kein Zweifel bestehen, daß die Best. des Abs. 5 des § 2 WeinG. das Verschneiden von Hybridenwein mit anderem Wein nicht nur verbietet, wenn der Hybridenwein, sondern auch wenn der andere Wein überwiegt, und doch findet sich im Abs. 5 des § 2 die gleiche Fassung wie im Abs. 2.

Mit dieser aus dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes sich ergebenden Auslegung der Begriffe Verschnitt und Verschneiden stimmt auch der Zweck, den das Gesetz verfolgt, überein. Wie die amtliche Begründung zum endgültigen Entwurf, die Begr. zu § 2 des Entw., der Bericht des vorläufigen Wirtschaftsrates zu dem Entwurf und die Erörterungen im RT. (vgl. Verh. des RT., IV. Wahlper. 1928 Bd. 428 S. 5740 f.) ersehen lassen, haben es die bei Schaffung des WeinG. beteiligten Organe als Mißstand empfunden, daß ausländischer Wein in großen Mengen eingeführt, mit größeren oder geringeren Mengen deutschen Weines verschnitten und dem deutschen Konsumenten noch dazu vielfach unter Bezeichnungen vorgesetzt wurde, aus denen die ausländische Herkunft erheblicher Bestandteile der Mischung nicht ersichtlich war, weiter daß durch die Vermischung des durch den Zoll verteuerten ausländischen Weines mit geringeren Sorten deutschen Weines der ausländische Wein in Deutschland konkurrenzfähig gemacht und sein Absatz zum Nachteil des deutschen Weines begünstigt wurde. Diesen Mißständen wollte der Gesetzgeber insbes. mit der Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 2 WeinG. entgegentreten. Dieser Zweck hätte von vornherein nicht erreicht werden können, wenn der Gesetzgeber auf halbem Wege stehengeblieben wäre, zwar die Mischung von größeren Mengen deutschen Weines mit geringeren Mengen ausländischen Weines

[1]) Vgl. JW. 1935, 220 und die dort angeführten Belegstellen.

verboten, dagegen die Vermischung von geringeren Mengen deutschen Weines mit größeren Mengen ausländischen Weines zugelassen hätte.

Die Ergebnisse, zu denen die gegenteilige Meinung führt, sind durchaus unbefriedigend und sicherlich vom Gesetzgeber nicht gewollt. Das Verbot des § 2 Abs. 2 WeinG. würde nach dieser Meinung nur durchgreifen, wenn in dem Verschnitt der Anteil des deutschen Weines überwiegt. Wenn der führende Wein durch die Menge des ihn treffenden Anteils bestimmt wird, so würde das Verbot nicht einmal in dem Falle Platz greifen, wenn in- und ausländischer Wein in etwa gleicher Menge verschnitten wird, da dann keiner der Anteile, also auch nicht der Anteil des deutschen Weines, führend, somit der zu verschneidende ist. Ist die besondere Art der Anteile für den Charakter des Verschnitts bestimmend, so wird in vielen Fällen, ganz besonders beim Verschneiden von mehr als zwei Weinen miteinander ein führender Wein gleichfalls nicht vorhanden sein, auch dem deutschen Anteil der bestimmende Charakter nicht zukommen. In all diesen Fällen könnte der Verschnitt nicht beanstandet werden. In vielen Fällen würden aber auch Zweifel bestehen, welcher der Weine der artbestimmende ist; diese Zweifel wären eine Quelle von Unsicherheit im Verkehre und von Strafverfahren mit zweifelhaftem Ausgang. Völlig befremdend sind die sich aus der gegenteiligen Meinung ergebenden Konsequenzen, soweit das Verschneiden von Rotweinen in Betracht kommt. Nach § 2 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 WeinG. ist es — als Ausnahme von der Regel des Halbs. 1 — gestattet, deutschem Rotwein bis zu einem Viertel der Gesamtmenge ausländischen Rotwein zuzusetzen; haben die beiden Mischweine keinen besonders ausgeprägten Charakter, bestimmt sich also der führende Anteil der Mischung lediglich nach der Menge, so ist die Vermischung erlaubt, wenn der ausländische Anteil bis zu 25% der Gesamtmenge beträgt; sie wird verboten, wenn der ausländische Anteil 26—50% der Gesamtmenge erreicht; übersteigt der ausländische Anteil 50% der Gesamtmenge, so wird die Mischung wieder erlaubt, weil nunmehr ein ausländischer, nicht ein deutscher Rotwein verschnitten worden wäre; ein solcher Rechtszustand wäre in sich widerspruchsvoll und sicherlich nicht geeignet, den Absatz deutschen Rotweins zu fördern.

Zu alledem kommt noch weiter, daß es dem Weinhändler trotz des § 5 WeinG. vielfach möglich wäre, durch Phantasiebezeichnungen für ein vorwiegend aus ausländischem Wein bestehendes Gemisch den Weinkonsumenten zum mindesten im unklaren zu lassen, ob es sich um ein deutsches oder ausländisches Produkt handle.

Zu Unrecht wird die Entstehungsgeschichte des WeinG. von den Vertretern der gegenteiligen Meinung für sich ins Feld geführt. Schon die vorstehenden Erörterungen sprechen dagegen. Zutreffend ist zwar, daß der Reichsrat bei der Vorberatung des Gesetzentwurfs der Reichsregierung die einschlägige Best. des § 2 Abs. 2 — sie lautete in diesem Entwurf: Deutscher Weißwein darf nicht mit ausländischen Erzeugnissen verschnitten werden — in dem Sinne aufgefaßt hat, daß nur der Verschnitt von deutschem Weißwein mit ausländischem Weißwein, nicht dagegen von ausländischem Weißwein mit deutschem verboten sei, und daß die Reichsratsausschüsse sogar das von Bayern erstrebte Verbot des Verschnittes von ausländischem Wein mit deutschem Wein abgelehnt haben. Allein es wird von den Vertretern der gegenteiligen Meinung übersehen, daß zur Zeit der Entstehung des WeinG. nach Art. 68 Abs. 2 RVerf. die RGes. vom Reichstage beschlossen wurden und daß sich die Mitwirkung des Reichsrates auf die in Art. 69 und 74 vorgesehenen Maßnahmen beschränkte (Zustimmung zur Einbringung von Gesetzesvorlagen durch die Reichsregierung, Befugnis, eigene Gesetzesvorlagen zu beschließen, Einspruchsrecht gegen vom RT. beschlossene Gesetze). Das gesetzgebende Organ war also der RT. Steht der Wille des RT. fest, so ist dieser Wille bei der Auslegung einer gesetzlichen Best. in erster Linie maßgebend. Wie sich aus den Entschließungen des RMdJ. v. 14. März und v. 21. Mai 1932 und aus dem Schreiben des Vorsitzenden der RTKomm. zur Beratung des 1930er Entwurfs ergibt, ist es der Wille des RT. gewesen — auch wenn die Frage bei der Plenarberatung des Entwurfes in 2. und 3. Lesung nicht mehr berührt worden ist —, daß durch die Vorschrift des § 2 Abs. 2 WeinG. jegliche Mischung zwischen inländischem und ausländischem Wein untersagt werden solle, gleichviel, ob der inländische oder der ausländische Anteil überwiegend, artbestimmend sei.

Weiter berufen sich die Gegner der hier vertretenen Meinung auf die Entsch. des RG. in RGSt. 49, 298. Auch dieses Argument geht fehl. Der Satz 1 des § 2 WeinG. v. 7. April 1909 stimmt mit dem § 2 Abs. 1 WeinG. v. 25. Juli 1930 völlig überein; auch diese Best. gestattet die Herstellung von Wein aus Erzeugnissen verschiedener Herkunft oder Jahre und bezeichnet die Mischung als Verschnitt. Der Satz 2 des § 2 des Ges. v. 7. April 1909 macht die alleinige Ausnahme, daß Dessertweine nicht zum Verschneiden von weißem Wein anderer Art verwendet werden dürfen. Wie sich aus der Entstehungsgeschichte, insbes. den Erläuterungen zum Entwurf des WeinG. vom Jahre 1909, ergibt, bezweckte das Verbot die Abstellung des Mißbrauches, durch Zusatz von geringeren Mengen durchgreifender Dessertweine zum Weißwein den Abnehmern Edelsorten von Weißwein vorzutäuschen. Diesem Zweck trug der klare Wortlaut des Gesetzes Rechnung; es war lediglich eine ganz bestimmte Art der Verwendung des Dessertweines untersagt; aus Entstehungsgeschichte, Wortlaut, Sinn und Zweck der Best. ergibt sich unzweifelhaft, daß lediglich die Verwendung von Dessertwein zum Verschneiden von weißem Wein anderer Art, nicht aber das Gegenteil untersagt werden wollte. Dieser Rechtslage hat die Entsch. des RG. Rechnung getragen. Es geht nicht an, aus der Regelung dieses ganz besonderen Falles Schlüsse auf völlig anders gelagerte Fälle zu ziehen, insbes. auf die Vorschrift des § 2 Abs. 2 WeinG. vom Jahre 1930, bei der Wortlaut, Sinn, Zweck und Entstehungsgeschichte ergeben, daß nicht nur das Verschneiden von deutschem mit ausländischem, sondern auch umgekehrt von ausländischem mit deutschem Wein verboten sein soll.

Endlich kann nicht zugegeben werden, daß die Best. der §§ 28 ff. WeinzollO. v. 17. Juli 1909 die gegenteilige Meinung zu unterstützen geeignet sind. Es ist zutreffend, daß dort zwischen einem zu verschneidenden Wein und einem Verschnittwein unterschieden wird; allein dies geschieht zu den besonderen Zwecken der Zollbehandlung. Auch hier ist ein Schluß auf ganz anders gelagerte Fälle nicht zulässig. Die klare Legaldefinition des Begriffes Verschnitt durch § 2 Abs. 1 WeinG. v. 25. Juli 1930 schließt für den Geltungsbereich dieses Gesetzes jede andere Begriffsbestimmung aus.

Der Senat kommt demnach zu dem Ergebnis, daß nach § 2 Abs. 2 Satz 2 WeinG. jede Vermischung zwischen deutschem und ausländischem Weißwein untersagt ist, gleichviel, ob der Anteil des deutschen oder des ausländischen Weines überwiegt, und daß ebenso jegliches Verschneiden zwischen deutschem und ausländischem Rotwein verboten ist, wenn der Anteil des ausländischen Rotweines ein Viertel der Gesamtmenge übersteigt.

Der objektive Tatbestand eines Vergehens nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 i. Verb. m. § 2 Abs. 2 Satz 2 WeinG. ist im vorl. Falle daher zweifelsfrei gegeben.

Was den inneren Tatbestand dieses Vergehens anlangt, so hat die StrK. festgestellt, daß der Angekl. die Herkunft der Weine gekannt und wissentlich die deutschen Weine mit den ausländischen Weinen — den Rotwein über das zulässige Maß hinaus — verschnitten hat. Damit ist der Vorsatz in rechtlich bedenkenfreier Weise dargetan. Die Kenntnis des Täters von den äußeren Tatbestandsmerkmalen und das wissentliche Verwirklichen derselben ist für den Vorsatz genügend. Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist kein Erfordernis des Vorsatzes. Wenn der Angekl. in Verkennung der gesetzlichen Vorschrift seine Handlungen für erlaubt gehalten hätte, so würde ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum vorliegen. Irgendwelche Umstände, die einen nach der Rspr. des BayObLG. ausnahmsweise beachtlichen Strafrechtsirrtum dartun (vgl. BayObLGSt. 10, 288; 22, 57; 26, 181; 27, 143), lassen die Feststellungen der StrK. nicht erkennen, um so weniger, als diese sogar annimmt, daß der Angekl. sich der Rechtswidrigkeit seines Tuns bewußt war.

Da sonach die sämtlichen äußeren und inneren Merkmale des Vergehens nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 i. Verb. m. § 2 Abs. 2 Satz 2 WeinG. gegeben sind, hat die StrK. nach der zwingenden Vorschrift des § 28 mit Recht auf die Einziehung der Erzeugnisse, auf die sich die Zuwiderhandlung bezieht, erkannt.

(BayObLG., 2. StrSen., Urt. v. 5. Nov. 1934, RevReg II Nr. 150/34.) [H.]

Oberlandesgerichte

Berlin **a) Zivilsachen**

1. § 1 ArmAnwG.; § 119 ZPO. Dem für die erste Instanz beigeordneten ArmAnw. erwächst für seine Tätigkeit im Armenrechtsverfahren zweiter Instanz ein Erstattungsanspruch an die Staatskasse nur dann, wenn er für die zweite Instanz beigeordnet ist.

RA. S. war dem Bekl. im ersten Rechtszuge als Armenanwalt beigeordnet worden. Nachdem die Kl. gegen das landgerichtliche Urt. Ber. eingelegt hatte, wurde die Berufungsschrift dem RA. S. zugestellt mit dem Bemerken, die Kl. habe das Armenrecht beantragt. Darauf bat er um eine Abschrift des Armenrechtsgesuchs, um zu demselben Stellung nehmen zu können. Diesem Ersuchen ist entsprochen worden. RA. S. hat sich dann im Laufe des Armenrechtsverfahrens mehrfach auf die Angabe der Gegenpartei ge-

äußert. Für seine Tätigkeit beansprucht er aus der Staatskasse gem. §§ 9, 13 Ziff. 1, 42 ff., 52 RAGebO. eine volle Gebühr in Höhe von 32,50 *RM* zuzüglich ihm entstandener Auslagen. Der Urkundsbeamte hat die Festsetzung abgelehnt, da die Beiordnung sich nur auf die erste Instanz beschränke. Das LG. ist dieser Auffassung beigetreten. Die hiergegen gerichtete, gem. § 4 ArmAnwG., § 4 GKG., § 567 ZPO. zulässige Beschw. ist nicht begründet.

Ein Erstattungsanspruch des Armenanwalts an die Staatskasse besteht nur in dem Umfange, in welchem eine Beiordnung erfolgt ist, insbes. also nur für eine Tätigkeit innerhalb derjenigen Instanz, innerhalb welcher eine Beiordnung erfolgt ist. RA. S. ist aber zum Armenanwalt nur für den ersten Rechtszug bestellt worden. Seine Tätigkeit war, soweit es sich nicht um die Entgegennahme von Zustellungen handelte, die aber durch die Prozeßgebühr mit abgegolten wird, mit der Einlegung der Berufung beendet. Wenn er gleichwohl weiter für den Bekl. tätig wurde, so liegt diese Tätigkeit bereits außerhalb der ersten Instanz und damit außerhalb des Rahmens der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung. Das Armenrechtsverfahren für die zweite Instanz — mag bereits Berufung eingelegt sein oder noch nicht — gehört aber in jedem Falle in vollem Umfange bereits zur zweiten Instanz. Eine Legitimation des erstinstanzlichen Armenanwalts als solchen für dieses zweitinstanzliche Verfahren besteht mithin nicht. Folglich könnte ein Gebührenanspruch des erstinstanzlichen Armenanwalts an die Staatskasse für eine derartige Tätigkeit im Armenrechtsverfahren zweiter Instanz dem erstinstanzlichen Armenanwalt nur dann erwachsen, wenn er auch für die zweite Instanz als Armenanwalt bestellt würde. Das ist hier nicht geschehen und konnte auch, da RA. S. nur beim LG. zugelassen ist, nicht erfolgen.

Daraus, daß der Schriftwechsel vom Gericht statt mit der Partei mit ihm geführt worden ist und er für den Bekl. Erklärungen im Armenrechtsverfahren zweiter Instanz abgegeben hat, kann schon deshalb nichts zugunsten des RA. S. hergeleitet werden, weil er ausdrücklich um Zuleitung des Armenrechtsgesuchs gebeten hat, um zu demselben Stellung zu nehmen. Im übrigen würde auch sonst eine Beiordnung daraus nicht zu folgern sein.

Infolgedessen kann dem BeschwF. unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Gebührenanspruch an die Staatskasse zuerkannt werden, so daß die Frage, ob eine derartige Tätigkeit etwa durch die Prozeßgebühr erster Instanz als mit abgegolten anzusehen ist, offen bleiben konnte.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 24. Nov. 1934, 20 W 8194/34.)

*

2. § 5 ArmAnwG.; § 106 ZPO. **Verfahren bei Einforderung der von der Staatskasse erstatteten ArmAnw.-Kosten, wenn die Kosten nach Quoten verteilt sind. Der Urkundsbeamte hat dann gegebenenfalls von Amts wegen eine Kostenausgleichsberechnung aufzustellen.**

Durch Urt. des LG. sind die Kosten zu $^4/_5$ der Kl., zu $^1/_5$ den Bekl. auferlegt worden. Die Berufung der Bekl. gegen dieses Urt. ist nicht durchgeführt worden, vielmehr haben die Parteien angezeigt, daß sie sich außergerichtlich verglichen haben. Die aus der Staatskasse erstatteten Armenanwaltskosten der Bekl. im ersten Rechtszuge betragen 62 *RM*. Mit der jetzt angefochtenen Gerichtskostenrechnung werden diese 62 *RM* von der Kl. erfordert. Das Landgericht hat der Erinnerung der Kl. hiergegen nicht stattgegeben. Es verkennt zwar nicht, daß eine Kostenausgleichung stattzufinden hat, hält aber gleichwohl die Inanspruchnahme der Kl. wegen der vollen Armenanwaltskosten der Gegenpartei für berechtigt, da sich dieser Betrag offensichtlich auch bei einer Kostenausgleichung zu Lasten der Kl. ergeben würde. Hiergegen wendet sich die Beschwerde der Kl. insoweit mit Recht, als in der Tat eine Inanspruchnahme der Kl. wegen der vollen Armenanwaltskosten schlechthin nicht gerechtfertigt ist.

Da es sich trotz Übergangs des Anspruchs auf Erstattung der Armenanwaltskosten auf die Staatskasse um außergerichtliche Kosten handelt, kann die Kl. nicht etwa als Antragstellerin der ersten Instanz, sondern nur nach Maßgabe der Kostenentscheidung des ersten Urt. in Anspruch genommen werden. In welchem Umfange die Staatskasse gegen die Kl. einen Erstattungsanspruch erworben hat, läßt sich mithin erst feststellen, wenn eine Kostenausgleichung gem. § 106 ZPO. stattgefunden und zur Feststellung eines Ausgleichsbetrages gegen die Kl. geführt hat. Die Stellung der Staatskasse in einem derartigen Fall ist nun insofern eigenartig, als sie einerseits auf das Ergebnis einer solchen Kostenausgleichung angewiesen ist, andererseits aber keinerlei Möglichkeit hat, etwa gegen den Willen der Partei eine Kostenausgleichung herbeizuführen. Hier hat nun der Senat bereits in seiner Entsch. 20 Wa 357/32 v. 4. Febr. 1933 folgendes Verfahren als erforderlich bezeichnet. Der Urkundsbeamte hat bei der Aufstellung der Gerichtskostenrechnung, in welche er auch Armenanwaltskosten der einen Partei aufnehmen will, auf eine etwa erforderliche Ausgleichung hinzuwirken. Er muß, wenn er eine solche durch die Parteien nicht erwirken kann, dann mindestens eine der Kostenausgleichung gleichkommende Berechnung des zugunsten der einen oder anderen Partei sich ergebenden Saldos vornehmen, so gut ihm das nach den aktenmäßigen Unterlagen möglich ist. Nur auf diesem Wege kann er errechnen, ob und inwieweit auch Armenanwaltskosten in die Gerichtskostenrechnung aufzunehmen sind (so auch Willenbücher, Kostenfestsetzung 1931 S. 205 Nr. 12; OLG. Kassel: JW. 1930, 1095[37]; Rittmann-Wenz, GKG. 1930 Anm. 2 am Ende zu § 5 ArmAnwG.; ferner die bei Gelinski-Meyer, Armenanwaltskosten, 2. Aufl., S. 173 B I angeführten OLGEntsch.). Das bedeutet also, daß gegebenenfalls von Amts wegen eine Kostenausgleichung in entsprechender Anwendung des § 106 ZPO. vorzunehmen ist, da auf andere Weise sich nicht feststellen läßt, ob und in welchem Umfange die Haftung einer Partei für Armenanwaltskosten der Staatskasse gegenüber besteht (so auch schon Entsch. des Senats 20 W 2841/28 v. 5. April 1928). Der danach als Kostenschuldner in Anspruch genommenen Partei ist es dann unbenommen, im Wege der Erinnerung gem. § 4 GKG. nachzuweisen, daß die Ausgleichsberechnung des Urkundsbeamten nicht stimmt, welchen Nachweis sie am leichtesten durch Betreiben der Kostenausgleichung unter den Parteien gem. § 106 ZPO. erbringen kann.

Vorliegend fehlt es bisher an einer von Amts wegen durchgeführten Ausgleichsberechnung. Die Beschw. ist also insoweit begründet, als zur Zeit nicht feststeht, in welcher Höhe eine Inanspruchnahme der Kl. erfolgen kann.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 15. Dez. 1934, 20 W 8708/34.)

*

3. §§ 106, 124 ZPO.; § 5 ArmAnwG. **Verfahren bei Kostenausgleichung, wenn einer oder beiden Parteien das Armenrecht bewilligt ist. Berücksichtigung der drei Beteiligten: arme Partei, Armenanwalt, Staatskasse.**

In dem gerichtlichen Vergleich v. 17. Sept. 1934 hat die Bekl. die Gerichtskosten, ferner die außergerichtlichen Kosten zu $^2/_3$ übernommen, während das restliche Drittel der Kl. übernommen hat. Mit Antrag v. 28. Sept. 1934 hat RA. O., der dem Kl. im ersten Rechtszuge als Armenanwalt beigeordnet war, die Festsetzung der gesamten dem Kl. entstandenen Kosten erster und zweiter Instanz beantragt. Der Urkundsbeamte hat darauf mit Beschl. vom 8. Okt. 1934 die Kostenausgleichung folgendermaßen vorgenommen: Kosten des Kl. 859,80 *RM*, Kosten der Bekl. 960,36 *RM*, zusammen 1820,16 *RM*; davon $^1/_3$ zu Lasten des Kl. 606,72 *RM*, seine eigenen Kosten betragen 859,80 *RM*, mithin sind dem Kl. an sich zu erstatten 253,08 *RM*. Aus der Staatskasse den beiden Anwälten des Kl. in erster und zweiter Instanz gezahlt 324,59 *RM*. Infolge Anrechnung dieses Betrages hat der Urkundsbeamte einen festsetzungsfähigen Saldo zugunsten des Kl. nicht festgestellt.

Gegen diesen Beschl. hat RA. O. im Namen sowohl des Kl. wie des Anwalts erster und zweiter Instanz Erinnerung eingelegt, da die Ansicht des Urkundsbeamten über die Anrechnung nicht zutreffe, und gleichzeitig gem. § 124 ZPO. gesonderte Festsetzung der Armenanwaltskosten für sich selbst wie auch für RA. H. beantragt. Der Urkundsbeamte hat letzteren Antrag mit Beschl. vom 17. Okt. 1934 abgelehnt, da aus einer Auseinanderrechnung Verwirrung zu besorgen sei. Auch gegen diesen Beschl. hat RA. O. im Namen beider Armenanwälte Erinnerung eingelegt. Das LG. hat die Erinnerungen zurückgewiesen. Es hält die Anrechnung des aus der Staatskasse gezahlten Betrages für berechtigt und tritt wegen der Festsetzung aus § 124 ZPO. gleichfalls — gestützt auf eine Entscheidung des Kostensenats des KG. v. 8. Juli 1933 — dem Urkundsbeamten bei.

Hiergegen haben der Kl. und beide Armenanwälte gem. §§ 104 Abs. 3, 124, 577 ZPO. in zulässiger Weise sofortige Beschwerde eingelegt. Doch sind nur die Beschwerden der Armenanwälte begründet.

I. Die Berechnung des Urkundsbeamten im Kostenfestsetzungsbeschluß v. 8. Okt. 1934 ist nicht zu beanstanden. Zwar nimmt das LG. zu Unrecht als Ausgangspunkt die Erwägung, daß die arme Partei ihren Erstattungsanspruch nicht mehr geltend machen könne, soweit er auf die Staatskasse übergegangen sei. Denn ob und in welchem Umfange ein Übergang auf die Staatskasse stattgefunden hat, entscheidet sich erst nach dem Ergebnis der Kostenfestsetzung bzw. Kostenausgleichung. Der Ausgangspunkt hat vielmehr, wie der Senat bereits in seinen grundsätzlichen Entsch. 20 W 2480/31 v. 16. März 1931 und 20 W 8093/31 v. 21. Sept. 1931 (Kartei zu § 106 ZPO., § 5 ArmAnwG.) ausgeführt hat, folgender zu sein: Ist der einen oder der anderen Partei ein Armenanwalt beigeordnet gewesen, so ist die Kostenausgleichung aus § 106 ZPO. ohne Rücksicht auf Armenrecht und Armenanwälte zunächst so durchzuführen, wie dies unter Parteien geschehen müßte, denen kein Armenanwalt beigeordnet worden war.

Der Urkundsbeamte hat demgemäß zunächst die Kosten des Rechtsstreits sämtlicher Instanzen einheitlich, ohne Berücksichtigung etwaiger Armenanwaltskosten, auszugleichen. Denn nur so ist eine ordnungsmäßige Berücksichtigung der drei in Frage kommenden Berechtigten — des Armenanwalts, der Staatskasse und der Partei selbst — durchzuführen. Gerade wegen dieser verschiedenen Berechtigten hat nun aber auch die weitere Behandlung der Kostenausgleichung eine verschiedene zu sein, je nachdem, zu wessen Gunsten die Festsetzung betrieben wird, ob für die arme Partei selbst oder für ihren Armenanwalt (§ 124 ZPO.).

II. 1. Betreibt die arme Partei selbst die Kostenfestsetzung, dann ist von dem zu ihren Gunsten sich ergebenden Ausgleichsbetrag derjenige Betrag abzuziehen, der ihrem Armenanwalt von der Staatskasse erstattet worden ist. Denn in dem Augenblick, in dem ein Ausgleichsbetrag zugunsten der armen Partei festgestellt worden ist, hat sich auch in Höhe der Zahlung der Staatskasse an den Armenanwalt der übergang des Erstattungsanspruchs an die Staatskasse vollendet (§ 5 ArmAnwG.). Damit ist aber in Höhe dieses übergangs für eine Kostenfestsetzung zugunsten der armen Partei kein Raum mehr. An ihrer Stelle tritt die Staatskasse in den Erstattungsanspruch gegen die andere Partei ein. Dabei spielt die Frage der Anrechnung der Zahlung der Staatskasse auf einen bestimmten Teil der Armenanwaltsgebühren keine Rolle. Die Partei hat keinen Anspruch darauf, daß die Verrechnung zunächst auf den vom Gegner oder der Staatskasse nicht zu erstattenden, also ungesicherten Teil der Armenanwaltsgebühren stattfindet. Diese Frage ist vielmehr erst dann von Bedeutung, wenn der Erstattungsanspruch des Armenanwalts selbst aus § 124 ZPO. zur Entscheidung steht.

Zu einer Festsetzung für die arme Partei verbleibt somit nur noch die etwa über den Betrag der vom Staat gezahlten Armenanwaltskosten hinaus verbleibende Differenz zwischen diesen und dem an sich zugunsten der armen Partei errechneten Ausgleichsbetrag. Da im vorliegenden Fall aber unstreitig die Armenanwaltskosten mit 324,59 *RM* höher sind als der Ausgleichsbetrag von 253,08 *RM*, hat der Urkundsbeamte mit Recht einen zugunsten des Kl. festsetzbaren Betrag nicht festgestellt. Deshalb ist die Beschwerde des Klägers unbegründet.

2. Wird dagegen die Kostenfestsetzung vom Armenanwalt selbst aus § 124 ZPO. betrieben, so gestaltet sich die Berechnung deshalb anders, weil er — im Gegensatz zur Partei — zunächst Anspruch auf seine vollen gesetzlichen Gebühren seiner Partei gegenüber hat und diesen Anspruch ohne Rücksicht auf die Staatskasse in der Kostenfestsetzung geltend zu machen befugt ist. Hier ist zwar zunächst wie bei der Ausgleichung zugunsten der Partei selbst zu verfahren, d. h. es sind die Kosten aller Instanzen einheitlich auszugleichen. Alsdann ist aber zu prüfen, ob der Armenanwalt der im Kostenausgleichsverfahren obsiegenden Partei trotz der Erstattung seiner Armenanwaltsgebühren aus der Staatskasse weniger als die ihm zustehenden vollen gesetzlichen Gebühren der RAGebO. erhalten hat. Hat er weniger erhalten, dann ist der Endbetrag, den die Kostenausgleichung ausweist, in Höhe der Differenz zwischen den Armenanwaltssätzen und den vollen gesetzlichen Gebühren für den Armenanwalt festzusetzen. Der Erstattungsanspruch des Armenanwalts aus § 124 ZPO. hat also den Vorrang vor den sonstigen Kosten der Parteien, gleichviel, ob diese sich aus den Kosten eines Wahlanwalts oder baren Auslagen der Partei zusammensetzen. Er hat ferner den Vorrang vor der Staatskasse. Erst wenn nunmehr noch ein Endsaldo zugunsten der armen Partei sich ergibt, steht fest, daß insoweit ein übergang auf die Staatskasse stattgefunden hat. Diese erwirbt also trotz Zahlung der Armenanwaltskosten einen Anspruch an den unterlegenen Gegner erst dann, wenn bei der Ausgleichung nach Berücksichtigung der vollen gesetzlichen Gebühren des Armenanwalts noch ein Ausgleichsbetrag zugunsten der armen Partei verbleibt.

III. Hiernach konnten die bisher ergangenen Beschlüsse, soweit sie den Festsetzungsanspruch der Armenanwälte selbst aus § 124 ZPO. betreffen, nicht aufrechterhalten werden. Die Vorinstanzen haben bei ihrer Entsch. übersehen, daß es sich nicht um die Umschreibung des Kostenfestsetzungsbeschlusses v. 8. Okt. 1934 auf den Namen der Armenanwälte handelt. Eine solche hat allerdings der Senat in seiner grundsätzlichen Entsch. 20 W 6411/33 v. 8. Juli 1933 (bei Gaedeke, Kostenrechtsprechung 1934 Nr. 141 = JW. 1933, 2344 [5]) nur als einen von der Praxis anerkannten Notbehelf zur Ausfüllung einer Gesetzeslücke bezeichnet und hat die Grenze für eine beantragte Umschreibung da gezogen, wo praktische Erwägungen, z. B. wenn daraus Verwirrung zu besorgen ist, dagegen sprechen. Diese Entsch. und diese Erwägungen passen jedoch nicht auf den Fall, daß der Armenanwalt die Festsetzung im eigenen Namen aus § 124 ZPO. beantragt. Daß er seines Rechts nicht schon dadurch verlustig geht, daß er zunächst die Festsetzung im Namen der Partei betreibt, hat der Senat bereits in seiner grundsätzlichen Entsch. 20 W 8254/31 v. 28. Sept. 1931 (bei Gaedeke, Kostenrechtsprechung 1934 Nr. 408 = JW. 1932, 254 [2]) anerkannt. Folglich hätte der Urkundsbeamte dem Antrag der Armenanwälte v. 15. Okt. 1934 entsprechen und gem. § 124 ZPO. die Kostenausgleichung, und zwar in der oben erörterten Weise, vornehmen müssen.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 24. Nov. 1934, 20 W 8201/34.)

*

4. §§ 6, 38 DGKG. **Nicht unrichtige Sachentscheidung, sondern nur grober Verfahrensverstoß begründet eine Niederschlagung der Kosten. Für die Berechnung der Beschwerdegebühr ist nicht der Stand des Streitwertes im Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde, sondern zur Zeit der Entscheidung maßgebend.**

Eine Niederschlagung der Gerichtsgebühren aus § 6 DGKG. käme nur in Frage, wenn dieselben durch unrichtige Behandlung der Sache durch das Gericht veranlaßt wären. Allein dies ist bei der amtsgerichtlichen Entsch. schon um deswillen nicht der Fall, als das AG. der Gläubigerin eine Zwischenverfügung gegeben hatte und die Gläubigerin schon damals die Berichtigung des Titels hätte durchführen können, so daß sich die weitere Entsch. erübrigt hätte. Soweit die landgerichtliche Entsch. in Frage steht, kann es dahingestellt bleiben, ob das LG. hier zutreffend entschieden hat oder nicht, denn jedenfalls kann in Rücksicht auf die allgemeine Kostenregelung keine Rede davon sein, daß eine unrichtige Entsch. schon vermöge ihrer Unrichtigkeit die Folge der Kostenniederschlagung aus § 4 DGKG. nach sich zu ziehen hat. Vielmehr ist hier eine Niederschlagungsmöglichkeit nur bei schwerem Verfahrensverstoß oder bei grob und offensichtlich verfehlter Sachentscheidung eröffnet, an welchen Voraussetzungen es hier jedenfalls auch dann gebricht, wenn man der landgerichtlichen Entsch. nicht zustimmt.

Nicht dagegen kann die landgerichtliche Beschwerdewertfestsetzung aufrechterhalten bleiben. Die Beschw. ist, wie auch das LG. bereits angenommen hat, zwar in vollem Umfange eingelegt, dann aber auf die Kosten beschränkt. Zur Entsch. stand daher nur ein Streit über die Kosten. Die für das Verfahren in der BeschwInst. zu berechnende Gebühr entsteht hier aber nicht, wie das LG. annimmt, mit der Einlegung der Beschw. (§ 38 Abs. 1 DGKG.), sondern wird nur erhoben, soweit die Beschw. als unzulässig verworfen oder zurückgewiesen wird (§ 38 Abs. 2 DGKG.). Es ist also in dem Regelfall der Beschw. des § 38 Abs. 2 DGKG. die Entstehung des staatlichen Gebührenanspruchs von der Tatsache einer Entsch. abhängig, wie denn auch eine Gebühr für die BeschwInst. bei sonstiger Erledigung der Sache nicht erhoben wird. Es kann dementsprechend auch nicht der Wertbestand zu Beginn der BeschwInst., sondern nur der Stand des Streitwerts zur Zeit der Entsch. als maßgeblich anerkannt werden.

(KG., Beschl. v. 14. Dez. 1934, 8 W 2984/34.)

Ber. von AGR. Schoeneich, Berlin.

*

Düsseldorf

5. § 1 Abs. 3 Ges. v. 20. Dez. 1928. **Im Ehescheidungsprozeß ist in der Regel die Beweisaufnahme von ausschlaggebender Bedeutung, und es liegt daher im wohlbegründeten Interesse der Partei, wenn der Anwalt zugegen ist, um durch geeignete Fragen auf erschöpfende Aussagen hinzuwirken. Dies gilt vor allem dann, wenn es sich um die Frage handelt, ob eine Partei Ehebruch getrieben hat, insbes. wenn der angebliche Ehebrecher vernommen werden soll.**

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 5. Dez. 1934, 1 W 348/34.)

*

6. Schließen die Parteien im Ehescheidungsprozeß einen Vergleich über die Kosten, so ist die dem Armenanwalt zu zahlende Vergleichsgebühr nach dem Wert der Kosten des Rechtsstreites zu berechnen; sie darf aber den Betrag, der nach der VO. v. 1. Dez. 1930 in Ehesachen als Gebühr zu erstatten ist, nicht übersteigen.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 18. Okt. 1934, 1 W 284/34.)

*

7. §§ 115, 119 ZPO.; § 1 ArmAnwG. **Rückwirkende Bewilligung des Armenrechts.**

1. Die Bewilligung des Armenrechts mit rückwirkender Kraft durch das Prozeßgericht ist für das Kostenverfahren bindend (1 W 379/30 v. 18. Dez. 1930), auch wenn sie nach Beendigung der Instanz erfolgt ist.

2. Ob die Rückwirkung sofort bei der Bewilligung des Armenrechts oder ob sie in einem späteren Ergänzungsbeschluß angeordnet worden ist, macht keinen Unterschied.

3. Die höhere Instanz im Kostenverfahren ist dagegen nicht gebunden, wenn das Prozeßgericht lediglich einen inhaltlich klaren Bewilligungsbeschluß dahin ausgelegt hat, in ihm sei eine rückwirkende Bewilligung ausgesprochen (1 W 271a/34 v. 3. Okt. 1934.)

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 22. Okt. 1934, 1 W 303/34.)

*

8. § 124 ZPO. Der Armenanwalt zweiter Instanz verliert das Recht der Kostenfestsetzung auf seinen Namen, wenn der Anwalt erster Instanz, der von ihm mit der Festsetzung der Kosten „für ihn" beauftragt war, nicht ausdrücklich Festsetzung der Kosten auf den Namen des Anwalts zweiter Instanz beantragt hat und der Kostenfestsetzungsbeschluß infolgedessen auf den Namen der armen Partei erlassen ist und der Gegner an diese gezahlt hat.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 21. Dez. 1934, 1 W 345/34.)

*

9. Hat der RA. vor dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin einen Schriftsatz eingereicht, in welchem er mitteilt, daß der Gegner seiner Partei verstorben sei, so liegt der Fall des § 14 Abs. 1 RAGebO. nicht vor.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 31. Okt. 1934, 1 W 311/34.)

*

10. Ist die Berufung gegen ein Grundurteil zurückgenommen und der Berufungskläger des Rechtsmittels für verlustig erklärt worden, so ist kein Raum für die Anwendung des § 27 Abs. 1 S. 1 RAGebO.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 21. Dez. 1934, 1 W 372a/34.)

*

Hamm

11. § 64 KO. Werden an dem Grundstück des Gemeinschuldners bestehende Grundschulden zur Sicherung der Forderungen eines Gläubigers unter Verzicht auf die dem Treugeber regelmäßig verbleibenden Rechte abgetreten, so sind nicht die Grundschulden, sondern das Grundstück der für die Konkursforderungen Sicherheit gewährende Gegenstand. Die Konkursforderungen ermäßigen sich daher um den bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks für die Grundschulden erzielten Erlös. †)

Die Ber. des Kl. ist begründet.

Der Kl. stützt seine Klage auf § 64 KO. Danach kann ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf die abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist.

Die Töchter F. haben die ihnen von ihrem Vater, dem Gemeinschuldner, abgetretenen Grundschulden an die Bekl. ordentlich, d. h. mit allen Rechten, abgetreten als Sicherheit für die Schuld des Gemeinschuldners. Die Grundschulden hatten damit, obwohl sie ihrer Natur nach nicht an eine Forderung gebunden sind, sondern ohne Rücksicht auf eine bestehende oder nicht bestehende Forderung bestellt und übertragen werden können, in der Forderung der Bekl. an den Gemeinschuldner ihren Schuldgrund. Die Bekl. war somit rechtmäßige Gläubigerin von forderungsbezogenen Grundschulden geworden und nicht nur Treuhänderin für die beiden Töchter F., so daß die Bekl. den auf die Grundschulden entfallenden Versteigerungserlös von 15 950,54 *RM* nicht nur als Treuhänderin für die Töchter F., sondern zu Eigentum erhalten hat. Denn die Bekl. konnte als rechtmäßige Grundschuldgläubigerin auf Grund der ihr durch den Vertrag übertragenen Pfandrechte abgesonderte Befriedigung wegen ihrer Pfandforderung, d. h. Befriedigung aus den zur Konkursmasse gehörenden Grundstücken des Gemeinschuldners verlangen (§ 48 KO.). Daß die Bekl. nicht nur Treuhänderin für die Töchter F. werden sollte, ergibt sich auch aus dem Wortlaut der Abtretungserklärungen, die beide denselben Wortlaut haben. Es sind lediglich die Worte gebraucht: „Zur Sicherung ... trete ich die mir gehörige nachstehend verzeichnete Grundschuld mit den Zinsen vom heutigen Tage an ab ..." In Abs. 3 und 4 der Abtretungserklärung haben die Töchter des Gemeinschuldners ausdrücklich auf die Rechte verzichtet, die im allgemeinen dem Treugeber verbleiben.

Ohne Rücksicht auf die Stellung der Bekl. dem Kl. gegenüber ist der vertragliche Anspruch der Töchter F. auf Rückabtretung der Grundschulden, wenn die Schuld des Gemeinschuldners getilgt ist. Diese schuldrechtliche Vereinbarung zwischen den Töchtern F. und der Bekl. vermag an der dinglichen Wirkung der Abtretung nichts zu ändern. Sie hat insbes. keine Wirkung zwischen der Bekl. und dem Kl., solange die Bekl. den Erlös der Grundschulden behält und nicht auf abgesonderte Befriedigung durch Rückzahlung des Erlöses an die Töchter F. verzichtet. Die Bekl. verkennt diese Rechtslage, wenn sie meint, die ihr für die Konkursforderung Sicherheit gewährenden Gegenstände seien nicht die Grundstücke des Gemeinschuldners, sondern die Grundschulden der Töchter F. bzw. die erlösten 15 950,54 *RM*. Das könnte der Fall sein, wenn die Töchter F. die Grundschulden nur verpfändet hätten. Nach der Abtretungsurkunde hat zwar die Bekl. das Recht,

---

Zu 11. Der obenstehenden Entsch. ist im Ergebnis zuzustimmen.

I. Es handelt sich um eine Feststellungsklage gem. § 146 KO. über einen Anspruch aus der laufenden Geschäftsverbindung zwischen dem Gemeinschuldner und der Bekl. Der Rechtsgrund dieses Anspruchs ist nicht § 64 KO., wie OLG. Hamm sagt, sondern ein Vertragsverhältnis eigener Art, über dessen Wesen in der Wissenschaft lebhafter Streit besteht (vgl. Staub, Einleitung vor Anm. I zu § 355 BGB.).

II. Zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits besteht Streit darüber, ob die Forderung der Bekl. insoweit erloschen ist, als die Bekl. bei der Zwangsversteigerung des dem Gemeinschuldner gehörenden Grundstücks zur Hebung gelangt ist, und ob die Bekl. daher nur die Konkursquote von dem Rest verlangen kann oder von ihrer ganzen Forderung. Die Entsch. dieser Frage hängt zunächst davon ab, ob § 64 oder § 68 KO. (auf ihn weist überraschenderweise das OLG. Hamm überhaupt nicht hin) anzuwenden ist:

Kommt § 64 zum Zuge, so ist der Kl. im Recht; wenn § 68 anzuwenden wäre, wäre doch immerhin zu erwägen, ob nicht der Rechtsstandpunkt der Bekl. zutrifft.

III. 1 a) Nach § 68 KO. kann der Gläubiger, wenn ihm mehrere Personen „für dieselbe Leistung auf das Ganze haften" und einer von seinen „Schuldnern" in Konkurs geht, „bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend zu machen, den er z. Z. der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte". Nun ist § 68 KO. nicht nur dann anzuwenden, wenn mehrere Personen persönlich für die Forderung des Gläubigers haften (Gesamtschuld, insbes. durch Schuldbeitritt begründete, Schuld und selbstschuldnerische [vgl. Mentzel, Anm. 1, Abs. 3 zu § 68 KO.] Bürgschaft), sondern möglicherweise auch dann, wenn neben dem Gemeinschuldner ein anderer dinglich haftet. In der Rspr. des RG. ist bisher wenigstens anerkannt, daß § 68 auch dann anzuwenden sei, wenn der Dritte dinglich und persönlich haftet (RG. 7, 90; 52, 170; 74, 234 = JW. 1910, 900; 91, 92 = JW. 1918, 96 und 92, 192).

b) Es ist aber bestritten, ob das gleiche auch dann gilt, wenn der Dritte nur dinglich haftet. RG. 74, 234 = JW. 1910, 950 läßt die Frage unentschieden, Mentzel bejaht sie ohne Begr. (Anm. II b zu § 64 KO.).

c) Die Bekl. hatte im vorl. Falle keine Forderung gegen die Töchter des Gemeinschuldners. Die eben angeschnittene Frage kann hier aber gleichwohl unentschieden bleiben. § 68 KO. kann hier seinem Zweckgedanken nach unter keinen Umständen angewendet werden. Er will dem Gläubiger im Gegensatz zu § 64 KO. auch im Konkursfalle die besondere Sicherheit erhalten, die darin liegt, daß ihm zu seiner Befriedigung — wirtschaftlich gesehen — das Vermögen mehrerer Personen zur Verfügung gestanden hat. So liegt es aber ersichtlich nicht im vorl. Fall.

d) Der Gemeinschuldner hat die Grundschulden am 8. Juli 1928 seinen Töchtern bestellt und am gleichen Tage durch diese sicherungshalber an die Bekl. abtreten lassen. Die Töchter haben also — wirtschaftlich betrachtet — nur die Stellung von „Durchgangspersonen" erlangt. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist weder das ganze Vermögen eines Dritten, noch auch nur ein für den Schuldner fremder Gegenstand als Befriedigungsobjekt für die Bekl. neu hinzugetreten. Es ist in diesem Zusammenhang auch darauf hinzuweisen, daß den Töchtern des Gemeinschuldners keine Forderung gegen diesen zustand und der Bekl. keine Forderung gegen die Töchter. Die Bestellung der Grundschuld an die Töchter des Gemeinschuldners ist auch unentgeltlich erfolgt. In einem ähnlichen Fall hat das RG. schon in LZ. 1908, 390 der Hauptanfechtungsklage des Konkursverwalters gem. §§ 37, 31 Ziff. 1 KO. stattgegeben und ausgeführt, daß die besonderen Voraussetzungen des § 40 KO. nicht gegeben zu sein brauchten.

2. § 64 KO. gestattet dem Gläubiger, „welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht" ... „wenn der Gemeinschuldner auch persönlich" ... „haftet, die Forderung zur Konkursmasse geltend zu machen und aus der Masse verhältnismäßige Befriedigung für den Betrag zu verlangen, mit welchem er bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist".

a) Die Bekl. ist absonderungsberechtigt gewesen. Bekanntlich gewährt die Rspr. nicht nur dem Pfandgläubiger, sondern auch

den Wert der Grundschulden nach ihrem Ermessen entweder zur Deckung ihres Guthabens zu verwenden oder als vorläufig hinterlegte Sicherheit zu behandeln. Das betrifft aber nur einen durch Veräußerung der Grundschulden erzielten Erlös, nicht dagegen den in der Zwangsversteigerung, also aus dem Grundstück des Gemeinschuldners erlangten Betrag. Auch handelt es sich bei der erwähnten Klausel wiederum lediglich um eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Bekl. und den Töchtern des Gemeinschuldners, die für das sachenrechtliche Verhältnis und die Lösungen im Konkursverfahren ohne Einfluß ist. Die Notwendigkeiten des Konkurses zwingen zu einer klaren Abwicklung der Lage. Diese kann nur erreicht werden, wenn die Bekl. entweder auf ihr Absonderungsrecht endgültig und sogleich verzichtet, oder die durch die konkursrechtlichen Best. geschaffene Lage anerkennt.

Da der Gemeinschuldner für die Forderung der Bekl. sowohl dinglich (mit seinen Grundstücken) als auch persönlich (sonst wäre sie keine Konkursforderung) haftet, und damit sämtliche Voraussetzungen des § 64 KO. gegeben sind, kann die Bekl. anteilmäßige Befriedigung nur von der um 15 950,54 RM ermäßigten Konkursforderung verlangen.

Allein dieses Ergebnis entspricht dem Zweck des § 64 KO. Der Gesetzgeber will eine weitergehende Beschränkung der bevorrechtigten Gläubiger im Interesse der bloßen Konkursgläubiger, deren ungünstige Lage noch verschlimmert würde, wenn der ohnehin bevorzugte Absonderungsberechtigte für seine Forderung Pfand und Masse nebeneinander voll in Anspruch nehmen könnte. Der § 64 KO. ist zwingendes Recht zugunsten der Konkursgläubiger.

Die Ausführungen der Bekl. über die Unbilligkeit dieses Ergebnisses gehen im übrigen auch fehl. Die Bekl. verkennt, daß die Töchter J. selbst die Grundschulden nicht mit Erfolg hätten geltend machen können; denn der Konkursverwalter hätte dem Verlangen der Töchter J. gegenüber den Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung erhoben oder die Übertragung der Grundschulden angefochten. Die bei der Versteigerung erlösten 15 950,54 RM wären also in jedem Falle der Konkursmasse bzw. der Gesamtheit der Konkursgläubiger zugute gekommen.

(OLG. Hamm, 4. ZivSen., Urt. v. 12. Nov. 1934, 4 U 249/34.)

Eingef. v. RA. Dr. Hellmut Scholz, Düsseldorf.

*

Karlsruhe

12. Zur Grundstücksübertragung in Elsaß-Lothringen.

Der in Straßburg wohnhafte Kl. verkaufte durch privatschriftlichen Vertrag v. 1. April 1929 sein in Elsaß gelegenes Ziegelwerk, das im Jahre 1928 größtenteils durch Feuer zerstört worden war, an ein Konsortium, bestehend aus dem Bekl. und zwei Franzosen K. und W. mit der Verpflichtung, das Werk wieder betriebsfähig herzustellen, zu einem Gesamtpreis von 1 800 000 Fr. Er verlangt von dem in Deutschland wohnenden Bekl. Zahlung des restlichen Kaufpreises. Dieser hat Nichtigkeit des Vertrags geltend gemacht. Hierzu wird ausgeführt:

Nach französischem Recht, das auf Grund des Parteiwillens und gem. Art. 11 Abs. 1 EGBGB. maßgebend ist, gilt für die Veräußerung von Grundstücken Formfreiheit. Mit dem Abschluß des Kaufvertrags geht das Eigentum an der verkauften Sache auf den Käufer über, ohne daß es noch eines besonderen Aktes, übergabe oder Auflassung, bedarf (Art. 1583 C. c.). Dieser Grundsatz gilt seit 1. Jan. 1925 auch in Elsaß-Lothringen (Schwalb, Die Einführung des franz. Privatrechts in Elsaß-Lothringen: JW. 1925, 26). Jedoch ist nach Art. 42 der Loi mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle v. 1. Juni 1924 eine nicht notariell beurkundete Verfügung über ein Grundstück nichtig, wenn nicht innerhalb sechs Monaten entweder die öffentliche Beurkundung nachgeholt, oder im Falle der Weigerung einer Partei Klage eingereicht wird. Der formlos abgeschlossene Veräußerungsvertrag ist somit auflösend bedingt durch die Nachholung der Beurkundung oder Klagerhebung.

Der Kl. behauptet, daß dieser Bedingung dadurch Rechnung getragen worden sei, daß am 3. und 4. Sept. 1929, somit vor Ablauf von 6 Monaten, ein notarieller Kaufvertrag abgeschlossen worden sei. Dieser Vertrag deckt sich aber nicht vollständig mit dem Vertrag v. 1. April 1929, indem die Verpflichtung zum Wiederaufbau in einen besonderen privatschriftlichen Bauvertrag verwiesen wurde, außerdem auf der Verkäuferseite die Ehefrau des Kl. dem Vertrage beitrat, während der Käufer W. inzwischen ausgeschieden war. Wegen dieser Änderungen hat das LG. angenommen, daß der Vertrag v. 1. April 1929 hinfällig und im September 1929 ein vollkommen neuer Vertrag abgeschlossen worden sei. Dagegen hat in einem Vorprozeß sowohl das LG. in Straßburg als auch das Appellationsgericht Colmar den Vertrag v. 1. April 1929 für die Parteien als bindend und rechtswirksam betrachtet. Wenn auch diese Urt. nach § 328 ZPO. mangels Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht bindend sind, so ist ihnen doch — wie näher ausgeführt wird — aus sachlichen Gründen beizutreten.

Dagegen hat der Bekl. eingewandt, der notarielle Vertrag v. 3./4. Sept. 1929 sei unvollständig, weil er die mit dem Verkauf eine Einheit bildenden Abmachungen über den Wiederaufbau nicht enthalte; er sei daher nichtig und nicht fähig, den Vertrag v. 1. April 1929 gem. Art. 42 Ges. v. 1. Juni 1924 wirksam zu machen. Diese Auffassung geht von der Vorschr. des § 313 BGB. aus, sie kann aber nicht ohne weiteres auf das anders gelagerte französische Recht Anwendung finden. Hier bezweckt der Formzwang des Art. 42 nicht den Schutz der Vertragschließenden vor übereilten Verträgen — denn diese sind schon durch den formlosen Abschluß des Vertrags gebunden —, sondern dient zur Aufrechterhaltung der Vollständigkeit und Richtigkeit des in Elsaß-Lothringen beibehaltenen Grundbuches. Es ist daher nur verlangt, daß die „Verfügung, durch welche Eigentum an einem Grundstück übertragen wird", öffentlich beurkundet wird; nicht erforderlich ist somit, daß alle damit in Zusammenhang stehenden Abreden in die Beurkundung aufgenommen werden, wie auch der beurkundende Notar die mit der Veräußerung des Ziegelwerks in Verbindung stehende Hypothekenbewilligung gleichzeitig in einer besonderen Urkunde aufgenommen hat.

Es bleibt weiter zu prüfen, ob die Verträge wegen Verletzung der französischen Steuergesetze nichtig sind. Unbestritten wurde der Vertrag v. 1. April 1929 der Steuerbehörde nicht vorgelegt, obwohl er nach Art. 12 der „Loi du 29 juin 1918 portant fixation du budget ordinaire des services civils pour l'exercice 1918" innerhalb drei Monaten einregistriert werden mußte. Unbestritten ist auch, daß zur Täuschung der Steuerbehörde über den wirklichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses die privatschriftlichen Verträge über den Verkauf und Wiederaufbau der Ziegelei vom 2./3. Sept. 1929 mit dem Datum v. 5. Juni 1929 versehen wurden, damit es den Anschein hatte, als ob sie noch innerhalb der Dreimonatsfrist eingereicht würden. In dieser Täuschung der Steuerbehörde liegt aber kein Verstoß gegen Art. 7 der „Loi portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1912" v. 27. Febr. 1912, wonach „jede Vereinbarung, welche die Verheimlichung eines Teiles des Verkaufspreises von Grundstücken ... zum Zweck hat, nichtig und ohne jede Wirkung" ist. Die Nichtanmeldung eines Vertrags allein begründet daher noch nicht dessen Nichtigkeit, sondern zieht nur gewisse Steuerstrafen nach sich (Art. 7 Abs. 3 des Ges. v. 27. Febr. 1912). Wenn aber die französische Gesetzgebung an die Zuwiderhandlung gegen die erwähnten steuerrechtlichen Vorschr. selbst nur ganz bestimmte Rechtsnachteile knüpft, welche die Gültigkeit der Verträge unberührt lassen, so geht es nicht an, unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit Verträge, die nach ausländischem Recht zu beurteilen sind, entgegen der Rechtsanschauung des maßgebenden Statuts für nichtig zu erklären. Die Anwendung der französischen Gesetze, die in den erwähnten Steuerhinterziehungsfällen die Rechtsakte nicht für ungültig, sondern nur für strafbar erklären, verstößt nicht gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes (Art. 30 EGBGB.).

(OLG. Karlsruhe, 4. ZivSen., Urt. v. 25. Okt. 1934, 4 ZBR 104/34.)

Ber. von OLGR. Dr. A. Lederle, Karlsruhe i. B.

*

---

demjenigen, dem eine Sache oder ein Recht lediglich sicherungshalber übertragen worden sind, ein Absonderungsrecht im Konkurse des Sicherungsgebers (RG. 24, 95; 91, 14; 118, 209 = JW. 1928, 65 und ständig). Voraussetzung für das Absonderungsrecht ist aber auch für diesen Fall, daß der belastete Gegenstand „zur Konkursmasse" gehört (vgl. § 48 KO. und die oben zit. Entsch.).

b) Die Bekl. vertritt nun die Ansicht, sie habe — wirtschaftlich gesehen — lediglich ein Pfandrecht erworben, und zwar an den noch den Töchtern des Gemeinschuldners zustehenden, daher nicht zur Konkursmasse gehörigen Grundschulden; auch das ist irrig. Die Beteiligten hätten den von ihnen vorgestellten Erfolg ohne weiteres auch dadurch erreichen können, daß der Gemeinschuldner sich gem. § 1196 BGB. Eigentümergrundschulden bestellte und diese der Bekl. sicherungshalber abtrat. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise besteht zwischen diesem und dem von den Parteien des Kontokorrentverhältnisses gewählten Weg kein Unterschied. Auch hier kommt es entscheidend darauf an, daß die Töchter nur als „Durchgangspersonen" tätig gewesen sind. Die Grundschulden sind also insoweit, wirtschaftlich betrachtet, noch zur Konkursmasse zu rechnen. Damit ist § 64 KO. anzuwenden.

RA. Dr. Matzke, Berlin.

Köln

13. § 823 BGB.; § 75 GVollzGeschAnw. **Der Inhaber der Pfandkammer haftet dem Eigentümer der eingelagerten Pfandsachen für Verschulden bei der Lagerung.**

Der Gerichtsvollzieher pfändete Waren, die dem Kl. zur Sicherheit für ein Darlehen übereignet worden waren, und schaffte sie in die Pfandkammer. Dort wurde ein Teil gestohlen. Für sie verlangt der Kl. von dem Inhaber der Pfandkammer Ersatz.

Auf Vertrag kann der Kl. den Anspruch allerdings nicht stützen. Denn die Einlagerung der Sachen in die Pfandkammer nach § 75 GeschAnw. für die Gerichtsvollzieher stellt den Pfandbesitz des Gerichtsvollziehers her und vollendet die Pfändung. Der Gerichtsvollzieher wurde also hierbei nicht als Vertreter des Kl. tätig, und er vereinbarte nicht im Namen des Kl. mit der Bekl. die Aufbewahrung, sondern er handelte als Beamter, auch soweit das Verhältnis zum Kl. als Eigentümer in Betracht kommt.

Dagegen haftet die Bekl. nach § 823 BGB. wegen Eigentumsverletzung, weil sie schuldhaft die ihr zukommende Obhuts- und Überwachungspflicht verletzt hat. Die Pflicht lag ihr kraft ihres Gewerbebetriebes auch gegenüber dem Kl. als Eigentümer ob (RG. 102, 39 ff.).

Die Entsch. des Rechtsstreits hängt also davon ab, ob der Bekl. ein Verschulden bei der Aufbewahrung der Sachen zur Last fällt. Ein solches kann freilich nicht darin gesehen werden, wie der Kl. meint, daß sie es unterlassen hat, die Sachen als Kostbarkeiten einer Bank oder Sparkasse zur Aufbewahrung zu geben. Denn sie kannte, wie die Beweisaufnahme ergeben hat, den Inhalt der beiden ziemlich großen Kisten nicht im einzelnen, sondern wußte nur, daß in ihnen Silbersachen und Uhren im Wert von etwa 1000 *RM* waren. Die wertvollsten Sachen hatte der Gerichtsvollzieher selbst an sich genommen. Da dieser durch § 75 GeschAnw. angehalten wird, wertvolle Sachen nötigenfalls bei einer Bank oder öffentlichen Sparkasse in Verwahrung zu geben, er aber bei dem Inhalt der beiden Kisten hiervon absah, ist der Bekl. kein Vorwurf daraus zu machen, daß sie die Pfandstücke bei sich aufbewahrte.

Der Kl. sieht weiter ein Verschulden der Bekl. darin, daß sie sich nicht gegen Diebstahlsgefahr versichert habe. Es ist zweifelhaft, ob sie hierzu als Inhaberin der Pfandkammer ohne weiteres verpflichtet ist. Ein Lagerhalter ist jedenfalls nach §§ 417, 390 HGB. wegen Unterlassung einer Versicherung nur verantwortlich, wenn er besonders zur Aufnahme der Versicherung angewiesen war. Doch kann die Entsch. der Frage dahingestellt bleiben. Denn die Bekl. trifft in anderer Hinsicht ein Verschulden.

Mit Recht haben die Bekl. und der Gerichtsvollzieher die beiden Kisten nicht in der gewöhnlichen Pfandkammer eingelagert. Sie enthielten, wie der Bekl. bekannt war, Silbersachen, wie Uhren, Wecker, Ringe, Halsketten usw., also Dinge, die wegen ihrer geringen Größe, der dadurch bedingten leichten Möglichkeit, sie wegzuschaffen oder zu verbergen, und wegen ihres verhältnismäßig erheblichen Wertes einen besonderen Anreiz für Diebe boten. Die Kisten mußten daher besonders gut verwahrt werden. Hierfür war der Seitenflur geeignet. Die Speicherräume boten bei weitem nicht diese Sicherheit. In der Umlagerung ist daher ein Verschulden der Bekl. zu erblicken. Sie hat die Wegnahme den Dieben ermöglicht. Denn nach der Beweisaufnahme unterliegt es keinem Zweifel, daß die Sachen während ihrer Lagerung auf dem Speicher gestohlen worden sind. Die Bekl. ist demnach für das Abhandenkommen der Sachen verantwortlich.

(OLG. Köln, 2. ZivSen., Urt. v. 6. Dez. 1934, 2 U 109/34.)

Ber. von OLGR. Dr. Schmidt, Köln.

*

14. § 118a ZPO.; § 23 Nr. 6 RAGebO. **Im Armenrechtsverfahren entsteht keine Beweisgebühr. Dem Verkehrsanwalt, der auch im Armenrechtsverfahren tätig geworden ist und bei den Ermittelungen einen Zeugentermin hat wahrnehmen lassen, steht nur die Verkehrsgebühr zu.**

RA. G. steht keine Beweisgebühr zu. Er ist in dem Beweisprotokoll des AG. K. nicht als anwesend aufgeführt, ist also in der Beweisaufnahme des Rechtsstreits selbst nicht tätig geworden. Eine Berichtigung des Protokolls hat er nicht herbeigeführt. Daß sein Bürovorsteher im Armenrechtsverfahren vor dem AG. A. einen Termin zur Vernehmung eines Zeugen wahrgenommen hat als sein Vertreter, läßt für ihn keine Beweisgebühr entstehen. Denn wie allgemein anerkannt ist (vgl. JW. 1934, 2119, 2947), sind die Zeugenvernehmungen im Armenrechtsverfahren keine Beweisaufnahme im gewöhnlichen Sinn. Das Gesetz nennt sie nur Erhebungen und verbietet die Beeidigung. Die Tätigkeit des RA. hierbei wird abgegolten durch die ihm nach § 23 Nr. 6 RAGebO. zustehende Gebühr. Er hat nur Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen. Diese Auslagen muß der Urkundsbeamte mithin noch festsetzen. Eine besondere Gebühr nach § 23 Nr. 6 RAGebO. steht RA. G. hier nicht zu. Denn diese Gebühr wird ersetzt durch die Verkehrsgebühr, da der Verkehrsanwalt nicht beide nebeneinander fordern kann (JW. 1929, 884).

(OLG. Köln, 2. ZivSen., Beschl. v. 29. Nov. 1934, 2 W 252/34.)

Ber. von OLGR. Dr. Schmidt, Köln.

---

b) Strafsachen

Berlin

15. §§ 53, 223 StGB. **Anleuchten mit einer Taschenlampe.**

Darin, daß jemand nachts einem andern mit einer Taschenlampe ins Gesicht leuchtet, kann allerdings ein „Angriff" liegen, wenn dadurch das körperliche oder seelische Wohlbefinden des Angeleuchteten gestört wird, es z. B. plötzlich und überraschend geschieht, Gefühle des Schreckens, der Furcht oder des Beleidigtseins verursacht werden. Das ist nach dem vorl. Sachverhalt aber zu verneinen. Danach hat A. zunächst sein Haus, dessen Tür sich nicht öffnen ließ, abgeleuchtet und stark ans Fenster geklopft. B. hat es gehört und gesehen. A., der den B. auf der anderen Straßenseite bemerkt hatte, ohne ihn zu erkennen, ging auf ihn zu und leuchtete ihm ins Gesicht. Dies geschah also weder überraschend noch in verletzender Weise, sondern ließ den unbefangenen Beobachter erkennen, daß es nur den Zweck hatte, sich über die Persönlichkeit des auf der anderen Straßenseite Stehenden zu vergewissern. Es lag daher in dem Anleuchten kein Angriff i. S. des § 53 StGB., und es erübrigt sich die Erörterung der Frage, ob A. ein Recht hatte, den B. anzuleuchten.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 18. Dez. 1934, 1 S 308/34.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

16. §§ 2, 10 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934; § 260 Abs. 1 StPO. **Nach durchgeführter Hauptverhandlung ist bei Anwendung des StraffreihG. das Verfahren nicht durch Beschluß, sondern durch Urteil einzustellen.**

(KG., 1. StrSen., Beschl. v. 9. Nov. 1934, 1 W 249/34.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

17. §§ 2, 10 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934; § 260 Abs. 1 Satz 1 StPO. **Am Schlusse der Hauptverhandlung ist bei der Anwendung des StraffreihG. das Verfahren nicht durch Beschluß, sondern durch Urteil einzustellen.**

Wie der Sen. schon im Beschl. v. 9. Nov. 1934, 1 W 249/34, im Anschluß an Schäfer (JW. 1934, 2302) entschieden hat, war es, da gem. § 260 StPO. die Hauptverhandlung mit der Erlassung des Urteils schließt, nicht angängig, das Verfahren nach der durchgeführten Hauptverhandlung durch Beschluß auf Grund des StraffreihG. einzustellen. Der angef. Beschluß unterlag daher der Aufhebung.

(KG., 1. StrSen., Beschl. v. 22. Jan. 1935, 1 Ws 41/35.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

18. § 10 Abs. 1 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934; § 304 StPO. **Gegen den ein Verfahren wegen Konkursverbrechens nach dem StraffreihG. einstellenden Gerichtsbeschluß hat ein Gläubiger als solcher kein Beschwerderecht, da er nicht zu den Prozeßbeteiligten gehört.**

(KG., 1. StrSen., Beschl. v. 12. Okt. 1934, 1 W 100/34.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

Dresden

19. § 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934. **Die Straffreiheit ist auch dann ausgeschlossen, wenn gegen den Beschuldigten mehrere Strafverfahren schweben, aus deren Einzelstrafen eine 6 Monate übersteigende Gesamtfreiheitsstrafe zu erwarten ist.**

Nach § 2 Abs. 1 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 ist die Straffreiheit u. a. ausgeschlossen, wenn eine höhere Strafe als Gesamtfreiheitsstrafe bis zu sechs Monaten zu erwarten ist. Diese Voraussetzung ist auch dann gegeben, wenn mehrere Strafverfahren gegen den Beschuldigten schweben, falls nach gesetzlicher Vorschrift (§ 79 StGB.; § 462 StPO.) aus den in den einzelnen Verfahren zu erkennenden Einzelstrafen eine — die Grenzen des § 2 Abs. 1 StraffreihG. überschreitende — Gesamtstrafe zu bilden wäre (vgl. Schäfer: JW. 1934, 2300).

Gegen den Angekl. ist nun noch ein weiteres Ermittelungsverfahren anhängig. Die Voraussetzungen der Gesamtstrafbildung würden im Falle der Verurteilung des Beschuldigten in beiden Sachen vorliegen.

Ob hinsichtlich der Höhe dieser Gesamtstrafe aber die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 1 StraffreihG. gegeben sind, läßt sich nach der besonderen Lage der Fälle zum mindesten im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht feststellen. Ebensowenig kann die Frage, ob die gegebenenfalls in Betracht kommende Anwendbarkeit des § 3 Ziff. 3 StraffreihG. nach § 6 Ziff. 5 dies. Ges. ausgeschlossen ist, im gegenwärtigen Stand der Verfahren abschließend geprüft werden. Nach Auffassung des Sen. wird die Frage nach der Anwendbarkeit des StraffreihG. kaum ohne Hauptverhandlung entschieden werden können.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 1. Nov. 1934, 1 OStReg 406/34.)

Ber. von GenStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Landgerichte

Karlsruhe **Strafsachen**

1. Das StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 findet keine Anwendung, wenn vor seinem Inkrafttreten in einem Urteil neben einer Haftstrafe auf Unterbringung in einem Arbeitshaus erkannt ist und das Urteil, soweit es auf Haft lautet, z. Z. des Inkrafttretens des Amnestiegesetzes bereits vollstreckt war, während wegen der Anordnung der Unterbringung das Verfahren in der Berufungsinstanz anhängig war. †)

Durch Urteil des AG. B. v. 24. Juli 1934 wurde der Angekl. wegen Bettelns zu einer Haftstrafe von vier Wochen, abzüglich zwei Wochen Untersuchungshaft, verurteilt. Gleichzeitig wurde die Unterbringung des Angekl. in einem Arbeitshaus angeordnet.

Am 25. Juli 1934 hat der Angekl. erklärt, daß er die Haftstrafe annehme, daß er aber gegen das Urteil, soweit es auf Unterbringung in einem Arbeitshaus erkenne, Berufung einlege.

Die restliche Haftstrafe hat der Angekl. in der Zeit vom 24. Juli bis 7. Aug. 1934 verbüßt. Das LG. hatte somit lediglich über denjenigen Teil des Urteils zu befinden, der die Unterbringung des Angekl. in einem Arbeitshaus anordnet.

Am gleichen Tag, an dem der Angekl. die Haftstrafe verbüßt hatte, wurde das StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 erlassen, das am 10. Aug. 1934 in Kraft getreten ist. Die StrK. hatte zunächst darüber zu befinden, ob auf den noch anhängigen Teil des Verfahrens die Amnestie Anwendung findet. Das Gericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß dies nicht der Fall sei. Allerdings ist dieses Ergebnis weder aus § 2 noch aus § 7 des Ges. unmittelbar herauszulesen. Das Gericht ist von folgender Erwägung ausgegangen: Wäre das Urteil im ganzen schon vor dem 10. Aug. 1934 rechtskräftig geworden, so hätte die Amnestie auf die Maßnahme des Arbeitshauses, da diese in erster Linie eine Besserungs- und keine Sicherungsmaßnahme darstellt, keine Anwendung finden können (§§ 1, 7 und 11 StraffreihG.). So auch der Sachbearbeiter des RJM. in der Deutschen Justiz 1934, 1049. Der gegenteiligen Anschauung des LG. Offenburg in der BadRpr. 1934, 104 Nr. 9 kann nicht beigetreten werden. Siehe übrigens auch Erlaß des JustMin. v. 25. Okt. 1934 Nr. J 541 38.

Es ist aber ein weiterhin anerkannter Grundsatz, daß das AmnG. überhaupt nicht eingreift, wenn die Hauptstrafe beim Inkrafttreten des Gesetzes, also am 10. Aug., schon verbüßt war, wie es hier der Fall ist. Nebenfolgen einer Straftat können überhaupt nur dann hinfällig werden, wenn die Hauptstrafe ganz oder mindestens teilweise durch das AmnG. erlassen ist (vgl. hierzu die einschlägigen Ausführungen von Dr. Schäfer, dem Sachbearbeiter

---

Zu 1. Der Entsch. ist zuzustimmen. Sie behandelt den Fall, daß das Strafverfahren, soweit es sich um die Hauptstrafe handelt, durch Teilrechtsmittelverzicht zur Zeit des Inkrafttretens des StraffreihG. rechtskräftig abgeschlossen ist, während es hinsichtlich der Unterbringung in einem Arbeitshaus, die neben der Hauptstrafe im ersten Urteil angeordnet worden war, noch in der BerInst. schwebt. In solchen Fällen erhebt sich die Frage, ob etwa die in § 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 bestimmte Niederschlagung anhängiger Verfahren der Fortsetzung des Rechtsmittelverfahrens entgegensteht oder ob § 7 des Ges. Platz greift, wonach der in § 1 ausgesprochene Straferlaß sich auf Sicherungsmaßnahmen erstreckt. Mit Recht hat die StrK. angenommen, daß eine Niederschlagung gem. § 2 nicht eingetreten ist. Denn diese Vorschrift schreibt die Einstellung anhängiger Verfahren vor, „wenn keine höhere Strafe . . . als Geldstrafe . . . oder Freiheitsstrafe zu erwarten ist", bezieht sich also nur auf solche Strafverfahren, die zur rechtskräftigen Verhängung einer Hauptstrafe noch nicht geführt hatten, während hier zur Zeit des Inkrafttretens der Amnestie die Hauptstrafe schon völlig verbüßt war. Man kann auch keineswegs sagen, daß dann, wenn das Verfahren wegen der Hauptstrafe bereits rechtskräftig erledigt und nur noch wegen einer Maßregel der Sicherung oder Besserung anhängig ist, es in gleicher Weise niedergeschlagen sei, wie es der Fall wäre, wenn eine rechtskräftige Festsetzung der Hauptstrafe noch nicht stattgefunden hätte. Gewiß wäre, wenn der Verurteilte das Urteil in vollem Umfang angefochten hätte, das Verfahren in vollem Umfang eingestellt. Dies berechtigt aber nicht zu der Folgerung, daß auch im vorl. Falle Einstellung zu erfolgen hätte, weil der Verurteilte, der sich bei der Hauptstrafe beruhigt und womöglich sogar schon einen Teil der Strafe verbüßt hat, doch nicht auch noch bzgl. des Arbeitshauses schlechter gestellt werden dürfe als derjenige, der das Urteil in vollem Umfang angefochten hat. Soviel für eine solche Folgerung auch zu sprechen scheint, muß sie sich doch entgegenhalten lassen, daß § 7 AmnG. in der gleichliegenden Frage, wie weit die Erstreckung des Straferlasses reicht, einen entgegengesetzten Standpunkt einnimmt. Dort handelt es sich um die Frage, ob dann, wenn die Hauptstrafe bereits (durch Strafverbüßung oder vorangegangenen Einzelgnadenerweis) vor Inkrafttreten der Amnestie erledigt ist und deshalb ein Straferlaß bei ihr nicht in Frage kommt, nicht wenigstens die Nebenstrafen, Nebenfolgen usw. unter den Erlaß fallen, die nach § 7 ohne weiteres mit erlassen worden wären, falls die Hauptstrafe noch ganz oder zum Teil unverbüßt gewesen wäre. Die h. M. (und mit ihr das vorliegende Urteil) verneint bekanntlich diese Frage und nimmt eine Erstreckung des Straferlasses auf Nebenstrafen usw. nur an, wenn die Hauptstrafe tatsächlich erlassen wird. Was für den Erlaß gilt, muß auch für die Niederschlagung gelten. In gleichem Sinne hat denn auch das OLG. Hamburg (Beschl. vom 7. Sept. 1934: Deutsche Justiz 1934, 1505) den ähnlich liegenden Fall entschieden, daß eine Gefängnisstrafe wegen Sittlichkeitsverbrechens, die unter den Straferlaß des Ges. v. 7. Aug. 1934 gefallen wäre, wenn sie bei dessen Inkrafttreten nicht bereits verbüßt gewesen wäre, Anlaß zur Einleitung eines nachträglichen Sicherungsverfahrens zwecks Entmannung gegeben hatte. Auch hier hat das OLG. die Frage, welche Wirkung das StraffreihG. auf das anhängige Sicherungsverfahren habe, nicht unter dem Gesichtspunkt der Niederschlagung behandelt, sondern nur geprüft, ob Erlaß nach § 7 eingetreten sei (vgl. dazu meine Ausführungen in der Anm. zu der Entsch. a. a. O.).

Scheidet demnach § 2 aus, so bleibt nur noch die Anwendbarkeit des § 7 zu prüfen. Das LG. verneint sie zutreffend mit der Erwägung, daß Besserungsmaßnahmen, zu denen auch die Unterbringung in einem Arbeitshaus gehöre, von der Erstreckung des Straferlasses ausgenommen seien, daß aber im übrigen auch der bereits vorstehend erörterte Gesichtspunkt durchgreife, wonach die Erstreckung auf Nebenstrafen usw. davon abhängig ist, daß ein die Hauptstrafe umfassender Straferlaß eintritt. Insoweit darf ich mich auf meine Ausführungen in Deutsche Justiz 1934, 1505, insbes. auf die dort angeführten Erlasse des RJM. v. 8. Okt. 1934, II t 3719 und 3786, beziehen.

Es könnte so scheinen, als habe das RG. in der Frage, ob das noch lediglich wegen der Nebenwirkungen anhängige Strafverfahren von der Niederschlagungsanordnung mitumfaßt werde, einen anderen Standpunkt eingenommen. In RGSt. 50, 392 war der Fall zu entscheiden, daß in einem Strafverfahren wegen Vergehens gegen das WeinG. im ersten Rechtszug neben der Hauptstrafe auf Einziehung des Weins erkannt worden war, daß der Angekl. das Urteil nur anfocht, soweit es auf Einziehung lautete, und daß, während das Verfahren insoweit in der Rechtsmittelinstanz anhängig war, durch landesherrlichen Erlaß die Niederschlagung der Verfahren wegen solcher Vergehen, zu denen auch das hier fragliche gehörte, angeordnet wurde. Das RG. hat in der genannten Entsch. angenommen, daß das anhängige, gegen den Angekl. gerichtete Verfahren damit sein Ende gefunden habe, daß aber, da die Einziehung als Sicherungsmaßnahme anzusehen sei, nichts im Wege stehe, sie in einem neu einzuleitenden selbständigen Verfahren zu betreiben. Für die nach dem StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 zu beurteilenden entsprechenden Fälle läßt sich aus dieser Entsch. kein Bedenken gegen die vorstehend vertretene Beurteilung herleiten, wobei übrigens noch zu bemerken ist, daß die Unterbringung in einem Arbeitshaus nicht in einem selbständigen Verfahren angeordnet werden könnte. Denn in dem Erlaß v. 7. Jan. 1916 (BayJMBl. S. 1), der damals zur Anwendung gelangte, ist die gnadenweise Niederschlagung der wegen bestimmter Straftaten eingeleiteten Verfahren ohne Einschränkung vorgeschrieben; daraus konnte und mußte das RG. entnehmen, daß das Verfahren, soweit es noch anhängig war, unter den Erlaß falle. In § 2 des Ges. v. 7. Aug. 1934 dagegen sind die Voraussetzungen der Niederschlagung in einer Weise umgrenzt, daß die Verfahren, in denen die Hauptstrafe bereits rechtskräftig festgesetzt, nicht mehr erfaßt werden.

OLGR. Dr. K. Schäfer, Berlin.

des RJM., in der Deutschen Justiz Nr. 33 v. 17. Aug. 1934, Nr. 34/35 v. 30. Aug. 1934 und JW. 1934 Heft 38).

Hiernach muß angenommen werden, daß das Verfahren, soweit es die Anordnung auf Arbeitshausunterbringung betrifft, fortgesetzt werden kann, da eine Amnestierung in dieser Beziehung nicht eingetreten ist.

(LG. Karlsruhe, Urt. v. 12. Dez. 1934, 3 Sk 64/34.)

B. Arbeitsgerichte

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden

**** 1.** §§ 95, 96 BetrRG.; Art. 1 Ges. über Betriebsvertretungen und über wirtschaftliche Vereinigungen v. 4. April 1933 (RGBl. I, 161). Kündigungsschutz für die auf Grund des Ges. v. 4. April 1933 von der Verwaltungsbehörde ernannten Betriebsvertretungsmitglieder. Die Kündigung ist wirksam, wenn die Ausführung des schon feststehenden Kündigungsentschlusses durch eine Mitteilung von der bevorstehenden Ernennung lediglich beschleunigt worden ist.**

Bei der Bekl. bestand im Herbst 1933 keine Betriebsvertretung, obgleich die Voraussetzungen für die Bestellung einer solchen gegeben waren. Auf Betreiben der NSBO. ernannte der RegPräs. in Breslau am 4. Dez. 1933 drei im Dienst der Bekl. stehende Arbeitnehmer, darunter den Kl., zu Mitgliedern der Betriebsvertretung. Die Verfügung ist der Bekl. am 6. Dez. 1933 zugegangen. Bereits am 30. Nov. 1933 hatte die Bekl. dem Kl. auf den 7. Dez. 1933 gekündigt mit der Begr., sie müsse wegen außerordentlichen Rückgangs des Bierumsatzes in den Bierstuben das im Ausschank beschäftigte Personal verringern, und von den im Ausschank beschäftigten Schänkern sei der Kl. der Jüngste. Der Kl. will diese Kündigung nicht gelten lassen: Die gegebene Begr. sei nur vorgetäuscht; der wahre Grund der Kündigung sei, daß die Bekl. ihn des Kündigungsschutzes als Betriebsvertretungsmitglied nicht habe teilhaftig werden lassen wollen (§ 95 BetrRG.), aber auch schon § 96 BetrRG. stehe der Kündigung im Wege. Er hat Klage auf Weiterbeschäftigung und Fortzahlung seines Lohnes erhoben. Das ArbG. hat der Klage stattgegeben, das LArbG. hat sie abgewiesen. Die Rev. war erfolglos.

Der Kl. war mit zwei anderen Arbeitnehmern der Bekl. zunächst von einer Belegschaftsversammlung gewählt worden. Die drei Gewählten hatten sich auch schon der Bekl. vorgestellt, waren aber von dieser darauf hingewiesen worden, daß erst die Ernennung durch den RegPräs. die Wahl wirksam mache; die Bekl. hatte es jedoch nicht abgelehnt, mit dem Kl. schon vorher zu verhandeln, als er wegen der Arbeitszeit eines Küchenmädchens bei ihr vorstellig wurde. Der RegPräs., der um die Bestätigung der Wahl angegangen worden war, übertrug die Bearbeitung des Antrags dem Gewerbeaufsichtsamt. Dessen Sachbearbeiter erkundigte sich am 28. Nov. 1933 fernmündlich bei der Bekl. nach der Eignung der Vorgeschlagenen. Das LArbG. hat auf Grund der schon vom ArbG. beigezogenen Äußerung des Gewerbeaufsichtsamtes festgestellt, daß die Bekl. diesem schon am 28. Nov. 1933 erklärt hat, dem Kl. werde gekündigt werden.

Der Kl. hat in erster Linie behauptet, die Bekl. habe seiner Ernennung zum Betriebsvertretungsmitglied durch die Kündigung zuvorkommen wollen.

Die Bekl. hat behauptet, die Kündigung des Kl. sei aus den in dem Kündigungsschreiben v. 30. Nov. 1933 angegebenen Gründen schon lange vorher beschlossene Sache gewesen und durch die Vorgänge hinsichtlich der Einsetzung einer Betriebsvertretung in keiner Weise beeinflußt worden.

Die Rev. weist zunächst zutreffend darauf hin, daß — was dem LArbG. bei seiner Entsch. noch nicht bekannt sein konnte — das RArbG. in den Urt. v. 21. März 1934 (RAG 322/33): RArbG. 13, 356 und ArbR. 20, 247[1]) und v. 11. April 1934 (RAG 325/33) entschieden hat, daß nach dem Ges. v. 4. April 1933 das Recht der Verwaltungsbehörde zur Ernennung von Betriebsvertretungsmitgliedern ohne Rücksicht darauf besteht, ob in einem betriebsvertretungspflichtigen Betrieb zur Zeit eine Betriebsvertretung tatsächlich vorhanden war oder nicht.

Zu Unrecht meint aber die Rev., daß das LArbG. seine Entsch. allein auf seine Auslegung des Ges. v. 4. April 1933 gestützt und nicht erschöpfend Stellung zu den Tat- und Rechtsfragen genommen habe, die sich für den Fall ergäben, daß jene Auslegung unrichtig und der RegPräs. doch zur Ernennung des Kl. zum Betriebsvertretungsmitglied befugt gewesen sein sollte. Namentlich habe das LArbG. sich nicht mit der Frage beschäftigt, ob die Bekl. am 28. Nov. 1933 dem Sachbearbeiter des Gewerbeaufsichtsamtes erklärt habe, dem Kl. werde gekündigt werden, und auch nicht mit der Frage, ob die Kündigung wegen Verstoßes gegen § 95 BetrRG. nichtig sei. Das LArbG. nimmt zunächst — entgegen der Meinung der Rev. — ausdrücklich Stellung zu dem vom ArbG. offen gelassenen Streit der Parteien, welchen Inhalt das Ferngespräch der Bekl. mit dem Sachbearbeiter des Gewerbeaufsichtsamtes gehabt hat, indem es auf Grund der vom ArbG. beigezogenen amtlichen Auskunft dieser Behörde feststellt, die Bekl. habe damals erklärt, dem Kl. werde gekündigt werden. Daraus zieht es in erkennbar bewußtem Gegensatz zum ArbG. die rechtliche Folgerung, daß die Bekl. keine Gewähr für ein weiteres Verbleiben des Kl. im Betrieb übernommen habe. Es blieb dann nur die Frage, ob die Bekl. die Kündigung etwa ausgesprochen habe, um die Ernennung des Kl. zum Betriebsvertretungsmitglied zu verhindern. Auch diese Frage hat das LArbG. hinreichend deutlich beantwortet. Wenn es sagt, „der vom ArbG. erhobene Zeugenbeweis habe nichts für die vom Kl. behauptete Betriebsratsfeindlichkeit der Bekl. ergeben; tatsächlich sei der Umsatz der Bekl. zurückgegangen, und es sei für den Kl. keine neue Kraft eingestellt worden", so kann das nichts anderes heißen, als daß kein ausreichender Anhalt dafür gegeben sei, daß die Bekl. dem Kl. nicht aus den im Kündigungsschreiben angegebenen Gründen, sondern in Wahrheit deshalb gekündigt habe, um seine Bestellung zum Betriebsvertretungsmitglied zu verhindern, daß also im Gegensatz zur Annahme des ArbG. ein Verstoß gegen § 95 BetrRG. nicht erweislich sei.

Das LArbG. war nicht gehindert, die tatsächliche Behauptung des Kl., die Bekl. habe dem Sachbearbeiter des Gewerbeaufsichtsamtes gegenüber ausdrücklich verneint, daß sich der Kl. schon im Kündigungsverhältnis befinde, als durch die amtliche Auskunft des Gewerbeaufsichtsamtes bewiesen anzusehen und gleichwohl die Klage mit der Begr. abzuweisen, daß der nunmehr festgestellte Sachverhalt — entgegen der Meinung beider Parteien — gar keine Stütze für den streitigen Anspruch des Kl. abgebe. Wie die Rechtslage dann zu beurteilen wäre, wenn die Bekl. dem Sachbearbeiter des Gewerbeaufsichtsamtes über eine beabsichtigte Kündigung des Kl. keine Mitteilung gemacht hätte, kann danach dahingestellt bleiben.

Zuzugeben ist der Rev. anderseits, daß auch dann, wenn die Bekl. dem Gewerbeaufsichtsamt am 28. Nov. 1933 mitgeteilt hat, dem Kl. werde gekündigt werden, immer noch die Möglichkeit besteht, daß der Entschluß zur Kündigung erst durch den Anruf des Gewerbeaufsichtsamtes und die aus seiner Anfrage erkennbar gewordene Sachlage hervorgerufen worden ist. Die Kündigung könnte auch dann mit Rücksicht auf die nahe bevorstehende Ernennung des Kl. zum Betriebsvertretungsmitglied ausgelöst worden sein und den Zweck verfolgt haben, dieser Ernennung zuvorzukommen. Wie in RArbG. 3, 33[2]) ausgeführt ist, kann sehr wohl ein Verstoß gegen § 95 BetrRG. dann vorliegen, wenn die Mitteilung von der Wahl eines Arbeitnehmers zum Betriebsvertretungsmitglied — und dem gleichzustellen ist die Mitteilung von der bevorstehenden Ernennung durch die Verwaltungsbehörde — in dem noch schwankenden, zur Kündigung noch nicht entschlossenen Arbeitgeber den Entschluß zur Kündigung erst zur Reife gebracht hat. In derselben Entsch. ist aber auch schon gesagt, daß von einem solchen Verstoß dann nicht gesprochen werden kann, wenn durch jene Mitteilung lediglich die Ausführung des bereits feststehenden Kündigungsentschlusses beschleunigt worden ist. Gerade dieser Fall aber liegt nach der Annahme des LArbG. hier vor oder doch ist die dahingehende Behauptung der Bekl. von dem beweispflichtigen Kl. nicht widerlegt.

Auf die vom Kl. in den Vorinstanzen vertretene Rechtsauffassung, daß unter der Herrschaft der nationalsozialistischen Staats- und Wirtschaftsordnung der § 96 BetrRG. anders als früher, nämlich dahin ausgelegt werden müsse, daß die staatliche Ernennung eines Betriebsvertretungsmitgliedes eine vorher ausgesprochene Kündigung wirkungslos mache, wenn nur der Ernannte im Zeitpunkt seiner Ernennung noch dem Betriebe angehöre, ist die Rev. nicht zurückgekommen. Diese Rechtsauffassung ist auch in der Tat nicht haltbar. Nach dem klaren Willen des Ges. v. 4. April 1933 tritt die Ernennung lediglich an die Stelle der aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unterbundenen Wahl. Auch das Ges. zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20. Jan. 1934 gibt keinen Anhalt dafür, daß der Kündigungsschutz des Vertrauensmanns in irgendeinem Fall, sei es auch im Fall der Berufung durch den Treuhänder der Arbeit, vor dem Beginn der Amtsstellung einsetzen solle.

(RArbG., Urt. v. 24. Okt. 1934, RAG 107/34. — Breslau.)

[1]) JW. 1934, 1872.

[2]) JW. 1929, 1315.

Berlin

Landesarbeitsgerichte

1. § 832 ZPO.

1. Die Pfändung von „Gehalt, Lohn oder Nebenbezügen“ bezweckt die Beschlagnahme des gesamten laufenden Arbeitseinkommens.

2. Die einem Geschäftsreisenden gewährten Provisionsvorschüsse sind als vorausgezahltes Einkommen pfändbar, und zwar auch dann, wenn sie ausdrücklich als Darlehn bezeichnet werden. †)

Der Kl. hat wegen Unterhaltsansprüche, die ihm gegen den bei der Bekl. als Geschäftsreisender tätigen Schuldner H. zustehen, einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß erwirkt und klagt seine Ansprüche hieraus ein.

Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß spricht zwar nur von „Gehalt, Lohn oder Nebenbezügen“; er erwähnt Provisionsforderungen nicht. Auf der anderen Seite hatte der Schuldner H. lediglich Provisionsansprüche gegen die Bekl. Legt man aber dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß den gewollten natürlichen Sinn unter, so bezweckt er eben die Beschlagnahme des gesamten laufenden Arbeitseinkommens, ein Wille, der mit den Worten: „Gehalt, Lohn oder Nebenbezüge“ zwar nicht korrekt, aber immerhin noch hinreichend deutlich ausgedrückt wird. Eine Rspr. würde den Anforderungen des täglichen Lebens nicht gerecht werden, die eine gewollte Pfändung des laufenden Arbeitseinkommens daran scheitern lassen würde, daß der Pfändungsgläubiger die Natur des Arbeitseinkommens nicht kennt und sich daher in der Bezeichnung der Rechtsform vergreift.

Das Gericht erster Instanz hat auch mit Recht angenommen, daß die Provisionszahlungen, wie sie die Bekl. an den Schuldner H. laufend bewirkte, Leistungen waren, die unter die Best. des § 832 ZPO. fallen. Ob derartige Leistungen in regelmäßigen Zwischenräumen fällig werden oder nicht, ob die einzelnen Bezüge dem Betrage nach gleich oder verschieden sind, und ob die Gegenleistung des Forderungsberechtigten in einer fortlaufend gleichmäßigen Tätigkeit besteht oder einzelne Abschlüsse, wie z. B. bei dem auf Provision Angestellten, die Voraussetzung für ihren Erwerb bilden, muß nach dem Sinn und Wortlaut des Gesetzes gleichgültig sein (vgl. Stein-Jonas § 832 Anm. II; Baumbach § 832 Anm. 2; Sydow-Busch § 832 Anm. 2; OLG. 31, 119). Insbes. enthielten die in Frage stehenden Leistungen der Bekl. an den Schuldner H. alle vom RG. für den Begriff der Gehaltsähnlichkeit i. S. des § 832 ZPO. als wesentlich erachteten Erfordernisse wie einheitlichen Schuldgrund, die Zweckbestimmung als Unterhalt, die persönlichen Dienstleistungen des Berechtigten sowie Dauer und Stetigkeit, da der Schuldner H. seit neun Jahren bei der Bekl. beschäftigt war und die Leistungen laufend fest allmonatlich bewirkt wurden (vgl. RG. 138, 254 ff. [1]).

An dieser rechtlichen Beurteilung der geleisteten Zahlungen kann auch der Umstand nichts ändern, daß sie vorschußweise erfolgten und die Bekl. sie als bloße Darlehen bezeichnet, da sie bestimmungsgemäß den einzigen Zweck hatten, die laufenden Lebensbedürfnisse des H. zu befriedigen und demnächst auf die Provisionsforderungen angerechnet zu werden, mithin nur eine Vorauszahlung des Einkommens bilden (vgl. RG. 138, 252). Nach der Best. des § 832 ZPO. werden aber auch die künftigen Beträge von der Pfändung ergriffen, wenn sie nur aus demselben einheitlichen Rechtsverhältnisse wie im vorl. Falle geschuldet werden (vgl. JW. 1907, 338 [20]; Sydow-Busch, ZPO § 832 Anm. 2; Stein-Jonas § 832 Anm. II). Gerade aber deswegen, weil diese laufenden Vorauszahlungen für den Lebensunterhalt des H. dienen sollten, erscheint es auch keineswegs unbillig, sie für den Unterhalt seines Kindes — des Kl. — haften zu lassen.

Ebensowenig ist der Einwand der Bekl. erheblich, daß ihr nicht zugemutet werden könne, durch den Abzug der gepfändeten 10% des Einkommens des Schuldners H. von den auch nach der Pfändung weiterhin laufend bewirkten Vorschußzahlungen den Verlust ihrer eigenen rückständigen Forderungen gegen H., die sich im Zeitpunkt der Pfändungszustellung bereits auf 8250 *RM* beliefen, zu riskieren. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit die Bekl. mit der wirklichen Einbringlichkeit dieser außergewöhnlich hohen Vorschußsumme überhaupt rechnete. In jedem Fall konnte sie aber angesichts der Höhe der laufend weiter an H. erfolgenden Zahlungen Beträge in Höhe der gepfändeten 10% unter Berufung auf den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß einbehalten, ohne von vornherein damit rechnen zu müssen, daß H. seine derart einträgliche alte Stellung aufgab und die ihr verschuldeten, zuviel gezahlten Provisionsvorschüsse schuldig blieb. Zum mindesten hatte sie die Pflicht, diese Regelung ernstlich zu versuchen. Den Nachweis hierfür hat jedoch die Bekl. nicht zu führen vermocht. Sie hat im Gegenteil den Pfändungsbeschluß bewußt unbeachtet gelassen, wodurch sie schuldhaft zugunsten ihres Arbeitnehmers und zum Nachteil des Pfändungsgläubigers die Best. über die Pfändbarkeit illusorisch gemacht hat.

Die an H. geleisteten Zahlungen sind daher in Höhe von 10% der verdienten Provision entgegen dem Zahlungsverbot sowie unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erfolgt und mithin dem Kl. gegenüber unwirksam.

(LArbG. Berlin, Urt. v. 8. Okt. 1934, 104/106 S 780/34.)

Ber. von Ass. Prinz, Berlin.

*

Köln

2. §§ 114 ff., 119 ZPO. Über den Antrag auf Bewilligung des Armenrechts nur für die Zwangsvollstreckung hat nicht das Vollstreckungsgericht, sondern das Prozeßgericht zu entscheiden. †)

Die Kl. hat beim ArbG. gegen die Bekl. ein obsiegendes Urteil erwirkt. Für den Rechtsstreit hatte sie das Armenrecht nicht nachgesucht. Erst nach Erwirkung des Urteils hat sie beim ArbG. be-

---

Zu 1. Die Entsch. ist im Ergebnis zutreffend.

Die Provisionsansprüche der dauernd Angestellten gehören, wie jetzt wohl allgemein anerkannt wird, zu den gehaltsähnlichen, in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderungen, deren Pfändung nach § 832 ZPO. auch die nach der Pfändung fällig werdenden Beträge ergreift. Zweifel bestehen nur in gewissen Grenzfällen, die hier nicht interessieren. Näheres darüber findet man in den Anm. von Reichel zu OLG. Frankfurt: JW. 1927, 726 [13] und KG.: JW. 1932, 758. Die entscheidenden, zur Zeit wohl als maßgebend geltenden Gesichtspunkte sind ausführlich dargelegt in RG. 138, 252 = JW. 1933, 2004; hierzu Herschel: ZZP. 58, 411 ff.

Auch darin ist dem vorl. Urt. beizustimmen, daß Vorschüsse auf Provisionsforderungen als vorausgezahlte Dienstbezüge anzusehen sind und demnach gegebenenfalls von der Beschlagnahme ergriffen werden, auch wenn die Beteiligten diese Vorauszahlungen fälschlich als Darlehen bezeichnen. Hat nun der dienstberechtigte Drittschuldner die Pfändung außer acht gelassen und nach der Beschlagnahme weiterhin Vorschüsse an den Schuldner bezahlt, ohne den gepfändeten Teil einzubehalten und an den Pfändungsgläubiger abzuführen, so verstößt diese Vfg. über die gepfändete Forderung gegen ein gerichtliches Veräußerungsverbot und ist nach der klaren Vorschr. der §§ 135, 136 BGB. dem Pfändungsgläubiger gegenüber unwirksam.

Das LArbG. hat im vorl. Falle geglaubt, seinen Standpunkt noch mit gewissen Billigkeitserwägungen stützen zu sollen. Das scheint mir nicht ganz richtig. Die Entsch. ist gerechtfertigt, weil sie der gesetzlichen Vorschr. entspricht — nicht, weil es unbillig wäre, die laufenden, dem Lebensunterhalt des Schuldners dienenden Provisionsvorauszahlungen nicht auch für den Unterhalt seines Kindes (des Pfändungsgläubigers) haften zu lassen. Auch wenn wegen irgendeiner anderen Forderung gepfändet wäre, könnte die Entsch. nicht anders lauten. Ebensowenig ist es erheblich, ob dem Drittschuldner nach Lage der Sache zugemutet werden kann, Beträge in der durch den Pfändungsbeschluß bestimmten Höhe einzubehalten. Erwägungen dieser Art gehören in das Güteverfahren. Dort kann versucht werden, die mit jeder Forderungspfändung notwendig verbundenen Härten auszugleichen, besonders in den häufigen Fällen, wo die Dienstbezüge eines Angestellten mit zur Entschädigung für notwendigen Dienstaufwand in erheblicher Höhe (Reisen, gesellschaftliche Repräsentation usw.) bestimmt sind: Werden solche Dienstbezüge bis zum gesetzlich zulässigen Höchstbetrage gepfändet, so erweist sich oft genug die weitere Dienstleistung als unmöglich, der Angestellte verliert den Posten, und sein Gläubiger hat das Nachsehen. Wenn aber in solchen Fällen der wünschenswerte Ausgleich nicht gelingt, so ist im Streitverfahren nach dem Gesetz zu entscheiden, und die Beteiligten haben sich so oder so damit abzufinden: „Die Ausübung des Zwangs ist immer hart und bleibt, selbst wenn sie zum Ziele führt, doch immer nur ein mißlicher Ersatz für die freiwillige Leistung“ (Begr. zum Entw. einer ZPO. von 1931 S. 400 f.).

Die vorl. Entsch. verdient trotzdem Beachtung unter einem anderen Gesichtspunkt. Sie ist kennzeichnend dafür, daß die veränderte geistige Zeitströmung, die in der Fortentwicklung des Vollstreckungsrechts von der ZPO. des Jahres 1877 an bis zu den neuesten Vollstreckungsschutzvorschriften erkennbar ist, fast unmerklich auch in die Rspr. der Gerichte eindringt. Die Auffassung von den Aufgaben und Pflichten der Gemeinschaft wie der einzelnen hat sich allmählich, wie die Begr. zum Entw. von 1931 a. a. O. hervorhebt, tiefgreifend geändert, und es wächst die Überzeugung, daß auch die Zwangsvollstreckung „allgemeinwirtschaftlichen und gemeinschaftsethischen Gesichtspunkten in höherem Maße Rechnung tragen müsse, als es früher geboten erschien“. Vielleicht dürfen wir in den juristisch nicht ganz fehlerfreien Erörterungen des vorl. Urt. den Ausdruck solchen fortschrittlichen Rechtsempfindens erblicken, und unter diesem Gesichtspunkt ist das Urt. begrüßenswert.

RA Dr. W. Oppermann, Dresden.

Zu 2. Vgl. auch die Aufsätze Breidthardt u. Gaedeke oben S. 482 ff.

[1]) JW. 1933, 2004.

antragt, ihr für die Zwangsvollstreckung das Armenrecht zu bewilligen. Das ArbG. hat den Antrag mit der Begründung abgelehnt, daß es für die Erteilung des Armenrechts, das nur für die Zwangsvollstreckung beantragt wurde, nicht zuständig sei, vielmehr das VollstrGer. hierüber zu entscheiden habe.

Die gegen den ablehnenden Beschluß erhobene Beschwerde ist begründet. Das LArbG. hält in Übereinstimmung mit der sowohl im Schrifttum als auch in der Rspr. herrschenden Ansicht auf Grund der §§ 118, 119 ZPO. — i. Verb. m. § 46 Abs. 2 Art. 33 —, wonach das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts bei dem ProzGer. anzubringen ist und die Bewilligung für die erste Instanz einschließlich der Zwangsvollstreckung erfolgt, das ProzGer. auch dann für zuständig, wenn das Armenrecht nach beendetem Rechtsstreit lediglich für die Zwangsvollstreckung begehrt wird. Die Wortfassung des Gesetzes bietet keine Anhaltspunkte für die Auffassung, der Gesetzgeber habe die Zuständigkeit des ProzGer. für die Bewilligung des Armenrechts für die Zwangsvollstreckung nur in dem Falle begründen wollen, in welchem das Armenrecht zugleich für den Rechtsstreit selbst nachgesucht wird. Auch Zweckmäßigkeitsgründe zwingen zu einer solchen Auffassung nicht. Im Gegenteil verdient eine Regelung, wonach das ProzGer. in jedem Falle über das für die Zwangsvollstreckung nachgesuchte Armenrecht zu entscheiden hat, den Vorzug, da sie eine für alle Vollstreckungshandlungen einheitliche und daher eine die Vollstreckung vereinfachende Entscheidung gewährleistet und widersprechende Entscheidungen, die sonst möglich wären, ausschließt.

(LArbG. Köln, 2. K., Beschl. v. 3. Jan. 1935, 28 T 14/34.)

Eingef. von GerAss. C. Breidthardt, Bad Godesberg.

Arbeitsgerichte

Münster

1. § 622 BGB. Die Leistungen einer zahnärztlichen Helferin sind nicht Dienste höherer Art i. S. von § 622.

Kl. war beim Bekl. (Zahnarzt) gegen ein Monatsgehalt von 120 *RM* als zahnärztliche Helferin angestellt. Am 12. des Monats hat der Bekl. das Dienstverhältnis zum Monatsende gekündigt. Kl. begehrt Feststellung, daß die Kündigung erst zum Ende des nächsten Kalendervierteljahrs wirksam sei, da sie Dienste höherer Art geleistet habe (§ 622 BGB.).

Die Klage ist nicht begründet. Die Beweisaufnahme hat ergeben, daß die Leistungen der Kl. nicht als Dienste höherer Art i. S. des § 622 BGB. angesehen werden können. Als Beispiele nennt das Gesetz „Lehrer, Erzieher, Privatbeamte, Gesellschafterinnen". Vergleicht man die Stellung der Kl. mit der der genannten Angestellten, so wird man annehmen müssen, daß die zahnärztlichen Helferinnen bisher wenigstens grundsätzlich nicht den genannten Angestellten gleichzustellen sind. Denn der Beruf der zahnärztlichen Helferin erfordert insbes. keine abgeschlossene Berufsausbildung. Es ist überhaupt keine besonders geartete Vorbildung erforderlich. Auch der Eintritt in die seit einigen Jahren bestehenden Universitätskurse von einjähriger Dauer für zahnärztliche Helferinnen steht jedem jungen Mädchen ohne jede Vorbildung offen. In den meisten Fällen wird die Ausbildung von dem arbeitgebenden Zahnarzt selbst vorgenommen. So sind denn auch als Helferin alle möglichen Personen tätig, schulentlassene Mädchen, stellungslose Junglehrerinnen und andere Personen mit allen möglichen Vorbildungsarten. Nach der Bekundung des Zeugen sind die Dienstleistungen der Helferinnen ganz mechanische; es handelt sich dabei um Arbeiten, die mit einigem Geschick in verhältnismäßig kurzer Zeit erlernt werden können. Die Haupttätigkeit der Helferin besteht in der Bedienung der Patienten, im Anrühren des Füllmaterials und im Anreichen der Instrumente. In manchen Fällen hat sie auch die groben Reinigungsarbeiten im Sprech- und Wartezimmer zu verrichten. Das Führen der Bücher sowie das Bestellen der Medikamente, übrigens regelmäßig auch ganz einfache Arbeiten der Helferinnen, nehmen in den meisten Fällen nur ganz wenig Zeit in Anspruch. Auch von einer gehobenen sozialen Stellung, wie bei der Gesellschafterin, dürfte in der Regel bei der zahnärztlichen Helferin keine Rede sein. Gegen diese grundsätzliche Stellung spricht auch nicht, daß es in einzelnen Fällen Helferinnen mit dem Reifezeugnis einer höheren Lehranstalt gibt. Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung der Frage muß die Tatsache sein, daß grundsätzlich keine Vorbildung und keine Vorkenntnisse erforderlich sind. Auch der Umstand, daß manche Helferinnen ein Gehalt bis zu 140 *RM* erhalten, rechtfertigt es nicht, die Leistungen der Helferinnen als Dienste höherer Art anzusehen. Es gibt andererseits auch Stellen, in denen die Helferinnen, namentlich in der ersten Zeit, unentgeltlich beschäftigt werden, um später ein unbedeutendes Taschengeld zu erhalten.

(ArbG. Münster i. W., Urt. v. 2. Nov. 1934, A C 917/34.)

Ber. von RA. Sandmann, Greven i. W.

C. Verwaltungsbehörden u. Verwaltungsgerichte

I. Reich

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölch

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. §§ 16 Abs. 1, 18 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. 1925. Ausgaben aus Anlaß von Veranstaltungen der Berufsorganisation eines Steuerpflichtigen sind keine Werbungskosten, sondern Kosten der Lebenshaltung.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Teilnahme des BeschwF. an den Veranstaltungen des Reichsbundes der Deutschen Beamten in erster Linie als politische Betätigung im Sinne der Ausführungen des FinGer. aufzufassen ist. Auch wenn man mit dem BeschwF. den Gesichtspunkt der Berufsorganisation in den Vordergrund stellen wollte, könnte nicht anerkannt werden, daß die Teilnahme an den Veranstaltungen des Reichsbundes mit der eigentlichen dienstlichen Tätigkeit des BeschwF. in unmittelbarer Beziehung steht. Denn die Notwendigkeit der Teilnahme an Veranstaltungen der Berufs- oder auch Standesorganisation besteht nicht nur für jeden Beamten, sondern ganz allgemein für jeden berufs- oder erwerbstätigen Volksgenossen. Die dadurch verursachten „Verzehrausgaben", wie sie der BeschwF. selbst genannt hat, sind daher nicht im Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit entstanden und können deshalb auch nicht als Werbungskosten des unselbständigen Arbeitseinkommens anerkannt werden. Sie sind vielmehr nicht abzugsfähige Kosten der Lebenshaltung (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG.).

Auch die Kosten des Rundfunks und mehrerer Tageszeitungen hat das FinGer. ohne Rechtsirrtum nicht als Werbungskosten zugelassen. Wenn der BeschwF. zur Begr. seines Antrages erklärt, zum geistigen Rüstzeug eines Bezirksbearbeiters der Reichsfinanzverwaltung gehöre es, zu wissen, was in der Wirtschaft gespielt werde, so hat dieses Vorbringen insoweit eine gewisse Berechtigung, als eine umfassende Allgemeinbildung eines Beamten notwendig auch der dienstlichen Tätigkeit des Beamten zugute kommt. Ausgaben für die Fortbildung in dem Berufe, den der StPfl. ausübt, gehören nach § 17 Abs. 1 Ziff. 4 EinkStG. zu den abzugsfähigen Sonderleistungen. Auch der BeschwF. hat solche Aufwendungen besonders geltend gemacht. Wenn sich der BeschwF. darüber hinaus durch die Teilnahme am Rundfunk und das Halten mehrerer Tageszeitungen weiter fortbildet, so handelt es sich hier nicht um den Erwerb der zur Ausübung seines Berufs erforderlichen Fachkenntnisse, sondern um allgemeines Wissen. Es fehlt daher ein unmittelbarer Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des BeschwF. und die Aufwendungen hierfür sind typische Kosten der Lebenshaltung (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG.).

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 19. Dez. 1934, VI A 460/34.)

Reichsversicherungsamt

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen", herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt]

1. Das StraffreihG. v. 20. Dez. 1932 (RGBl. I, 559) und das Ges. über die Gewährung von Straffreiheit vom 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769) finden auf die nach den Vorschriften der §§ 1488 ff. RVO. verhängten Ordnungsstrafen keine Anwendung. †)

Die in §§ 1488 ff. gegebenen „Strafvorschriften" unterscheiden zwischen Ordnungsstrafen einerseits, die sich nur geldlich auswirken, und kriminellen Strafen andererseits, die in Geld-, Haft- oder Gefängnisstrafen bestehen können. Die letztgenannten Strafen treten ein für Handlungen, die schon im Sinne des allgemeinen Strafrechts strafbar sind, indem sie sich als Unter-

---

Zu 1. Der vorstehenden Entsch. ist im Ergebnis zuzustimmen; die Begr. jedoch erweckt Bedenken. Die Unanwendbarkeit des StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 auf die von den Versicherungsträgern der Sozialversicherung festgesetzten Ordnungsstrafen wird mit zwei ganz verschiedenen Erwägungen begründet. Einmal wird ausgeführt, die Amnestiegesetze von 1932 und 1934 hätten sich nur auf kriminelle Strafen und kriminell zu ahndende Straftaten erstrecken wollen. Das ist unbedenklich

schlagung, Untreue, Betrug oder Urkundenfälschung kennzeichnen (§§ 1490—1493, 1495 Abs. 3, 1496—1499 RVO.). Sie werden ausschließlich von den ordentlichen Strafgerichten des Staates verhängt. Die Ordnungsstrafen nach den §§ 1487—1489, 1495 Abs. 1 und 2 RVO. haben dagegen keine kriminell strafbare Handlung zur Voraussetzung, sondern nur Verstöße gegen die Ordnung, die auf Nachlässigkeit, Ungenauigkeit oder Säumigkeit in der Erfüllung der den Arbeitgebern obliegenden Pflichten zur Anmeldung, Beitragszahlung u. dgl. beruhen. Sie werden im allgemeinen vom Vorstand der LVersAnst. in Ausfluß der den Versicherungsträgern übertragenen ausgedehnten Selbstverwaltung festgesetzt, fließen in die Kassen der Versicherungsträger und stellen sich insofern als laufende Einnahmen derselben dar. Insonderheit verfolgt der § 1488 RVO. den Zweck, den VersAnst. im Interesse ihrer Leistungsfähigkeit Ersatz für Ausfälle infolge unterlassener und nicht mehr einziehbarer Beitragszahlungen zu verschaffen. Folgerichtig kann sich das Begnadigungsrecht des Staates — als Verzicht auf Strafvollzug — nur auf solche Strafen erstrecken, die der Staat als Inhaber der öffentlichen Strafgewalt durch seine Organe der Strafrechtspflege verhängt, nicht dagegen auf die nichtstaatlichen Verwaltungsstrafen, die von VersAnst. als öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörpern festgesetzt werden und in ihre Kassen fließen (vgl. Bescheid 1533, RVersANachr. 1910, 661, ferner „Wirkung der Reichsamnestie v. 7. Aug. 1934 auf die in der RVO. vorgesehenen Strafen" in „Die Berufsgenossenschaft" 1934, 231). Das RGes. v. 20. Dez. 1932 gewährt Straferlaß demgemäß auch nur für Straftaten krimineller Art (soweit sie aus politischen Beweggründen oder aus wirtschaftlicher Not begangen sind), d. h. nur für solche strafbaren Handlungen, deren Aburteilung zur Zuständigkeit der Strafgerichte gehört. Das geht mit voller Deutlichkeit aus den Überschriften des ersten und zweiten Abschnittes, die nur von „Straftaten" sprechen, und ferner aus dem Wortlaut der einzelnen Paragraphen, insbes. des § 11 hervor, in dem es heißt: „Das Gesetz findet auf die zur Zuständigkeit der Gerichte des Reichs und der Länder gehörenden Strafsachen Anwendung."

Der Rahmen der Anwendung ist damit enger bestimmt als der nach der VO. v. 3. Dez. 1918 (RGBl. 1393). Aus der Fassung des § 1 dieser VO.: „Alle zur Zuständigkeit der bürgerlichen Behörden gehörenden Untersuchungen ... werden niedergeschlagen", konnte als Wille des Gesetzgebers Straferlaß in weitestem Umfange abgeleitet werden. Demgemäß hatte das RVersA. in seiner grundsätzlichen Entsch. 3040 (RVersANachr. 1920, 267 = EuM. 12, 170 Nr. 78) die VO. auf das Ordnungsstrafrecht der BerGen. für anwendbar erklärt. Einer derartigen Auslegung ist das Ges. v. 20. Dez. 1932 nicht zugänglich. Es findet nach der Fassung des § 11 allerdings Anwendung für diejenigen im Verwaltungsverfahren verhängten Strafen, die durch Rechtsmitteleinlegung vor die ordentlichen Gerichte gebracht werden können, darüber hinaus jedoch nicht (vgl. Wichards: JW. 1933, 76 ff. 1 c; ferner das RGes. über Straffreiheit v. 20. Dez. 1932, erläutert von Busch, Schäfer, Wichards und Dörffler, Vorbem. III vor § 1, S. 11/12 und Anm. zu § 11 S. 58/59). Dem entspricht auch die äußere Form der Verkündung durch den RPräs. mit alleiniger Gegenzeichnung des RJM. Die Anwendung des StraffreihG. auf Ordnungsstrafen und Nebenstrafen der RVO. muß daher nach Wortlaut und Zweck des Gesetzes abgelehnt wer-

---

zutreffend (vgl. Schäfer: JW. 1934, 2298); weitere Ausführungen hierzu erübrigen sich. Zum anderen aber beruft sich das RVersA. für seine Ansicht, daß die in Frage stehenden Ordnungsstrafen unberührt geblieben seien, auf die in dem Besch. 1533 in den Amtl. Nachr. des RVersA. 1910 S. 661 dargelegten Erwägungen. Was dieser Hinweis bedeuten soll, ist nicht recht klar. In dem genannten Besch. ist ausgeführt, daß das staatliche Begnadigungsrecht — als Verzicht des Staates auf Strafvollzug — sich begrifflich nur auf solche Strafen erstrecken könne, die vom Staate als Inhaber der öffentlichen Strafgewalt durch seine Organe der Strafrechtspflege verhängt worden seien, nicht dagegen auf die nichtstaatlichen Verwaltungsstrafen, die von den Berufsgenossenschaften und Versicherungsanstalten festgesetzt worden seien. Wenn nun die vorl. Entsch. sich auf den Besch. 1533 beruft, so will sie damit wohl nicht sagen, daß die Amnestie sich auf die von den Versicherungsträgern festgesetzten Ordnungsstrafen nicht erstrecken könne; denn daß ein AmnG. selbstverständlich auch diese Strafen erfassen kann, hebt ja die Entsch. selbst hervor, indem sie daran erinnert, daß die Amnestie des Rats der Volksbeauftragten v. 3. Dez. 1918 nach der Auslegung, die ihr das RVersA. in der Entsch. Amtl. Nachr. 1920, 267 gegeben hat, auch die gedachten Ordnungsstrafen umfaßte. Sonach will das RVersA. offenbar nur sagen, daß, wenn das Ges. v. 7. Aug. 1934 die Ordnungsstrafen der Versicherungsträger von dem Straferlaß ausgenommen habe, dies im Einklang stehe mit der Umgrenzung des staatlichen Begnadigungsrechts. Ist dies der Sinn, so muß der Entsch. widersprochen werden. Diese Erwägung ist schon deshalb unzutreffend, weil sich die Amnestie auf die von den staatlichen Dienststrafgerichten und auf die ehrengerichtlich erkannten Strafen ebenfalls nicht bezieht, obwohl sie ohne Zweifel dem staatlichen Begnadigungsrecht unterliegen (vgl. z. B. bzgl. der Strafen der sozialen Ehrengerichtsbarkeit Doerner, Die neue Ehrengerichtsbarkeit der Wirtschaft und des Handwerks [1934] S. 179 und Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm. z. Ges. z. Ordn. d. nat. Arbeit [1934], Anm. 26 zu § 38). Darüber hinaus muß aber schon der Ausgangspunkt, daß Ordnungsstrafen, die von den Versicherungsträgern verhängt sind, dem staatlichen Begnadigungsrecht entzogen seien, als unzutreffend bezeichnet werden.

Die RVO. kennt zwei Arten von Ordnungsstrafen: solche, die von den Versicherungsbehörden, und solche, die von den Versicherungsträgern festgesetzt werden. Daß die Strafen der Versicherungsbehörden (die Straffestsetzungen der Versicherungsämter gemäß § 530 RVO.) dem staatlichen Begnadigungsrecht unterliegen, ist in der preußischen Gnadenpraxis anerkannt (vgl. Grau-Schäfer, Preuß. Gnadenrecht S. 113 und den dort angeführten Erl. des PrJustMin.). Denn hier handelt es sich um Strafen, die von öffentlichen Behörden in Ausübung öffentlicher Gewalt Rechtsunterworfenen auferlegt werden; ein Grund, warum sie — im Gegensatz zu den von anderen Behörden verhängten Ordnungsstrafen — der Gnade entzogen sein sollten, ist nicht erkennbar. Allerdings findet sich in einer Entsch. des RVersA. Nr. 2461 in Amtl. Nachr. 1918 die summarische Feststellung, daß „im Strafrecht der Arbeiterversicherung das Begnadigungsrecht nicht ausgeübt werden könne". Aber abgesehen davon, daß nicht recht klar ist, was damit gemeint ist, handelt es sich nur um eine beiläufige und jeglicher Begr. ermangelnde Bemerkung; sie steht auch in einem kaum zu behebenden Widerspruch zu der ausdrücklichen Charakterisierung der fraglichen Strafen als „öffentlich-rechtlicher Strafen" (im Gegensatz zu den „autonomen" Strafen der Versicherungsträger), wie sie sich in der gleichen Entscheidung findet. Dagegen ist, was die von den Versicherungsträgern festgesetzten Strafen anlangt, vom RVersA. von jeher die gegenteilige Auffassung vertreten worden (zustimmend: RVO. mit Anm., herausgegeben von Mitgliedern des RVersA., Bd. III, 2. Aufl., 1930, Anm. 4 zu § 908; Schulte-Holthausen, 3. Buch der RVO., 4. Aufl., 1929, Vorbem. vor § 908). In dem oben erwähnten Besch. Nr. 1533 betr. Straffestsetzungen der Unfallberufsgenossenschaften und Invalidenversicherungsanstalten ist dies damit begründet worden, daß die Durchführung der Unfall- und Invalidenversicherung den genannten Versicherungsträgern im Wege einer ausgedehnten Selbstverwaltung übertragen worden sei, und daß der Gesetzgeber diese Autonomie nur so weit, als unbedingt erforderlich, habe einschränken wollen (vgl. dazu jetzt Abschn. IV § 1 Ges. über den Aufbau der Sozialversicherung v. 5. Juli 1934 [RGBl. I, 577] i. Verb. m. § 1 der 2. VO. über den Aufbau der Sozialversicherung v. 24. Okt. 1934 [RGBl. I, 1172]). Eine solche Einschränkung sei deshalb nur da anzunehmen, wo sie im Gesetze selbst zum Ausdruck gelangt sei; das treffe beim Begnadigungsrecht nicht zu. Davon abgesehen könne sich das Begnadigungsrecht als ein Verzicht des Staates auf Strafvollzug nur auf solche Strafen erstrecken, die vom Staat als Inhaber der öffentlichen Strafgewalt durch seine Organe der Strafrechtspflege verhängt worden seien, nicht dagegen auf die nichtstaatlichen Verwaltungsstrafen der Versicherungsträger, die in deren Kasse flössen und sich insofern, wie es wörtlich heißt, „als laufende Verwaltungseinnahmen derselben darstellen". Dieser Gedanke wird in der vorl. Entsch. v. 24. Okt. 1934 wiederholt („... und stellen sich insofern als laufende Einnahmen derselben dar") und im einzelnen näher dahin erläutert, die Strafen nach § 1488 RVO. verfolgten den Zweck, „den Versicherungsanstalten im Interesse ihrer Leistungsfähigkeit Ersatz für Ausfälle infolge unterlassener und nicht mehr einziehbarer Beitragszahlungen zu verschaffen". Die Ordnungsstrafen sind also — das ist wohl der Sinn dieser Darlegungen — im Grunde weniger Strafen, d. h. Sühne für begangenes Unrecht, als vielmehr finanzielle Zwangsbeiträge, gewissermaßen Schadensersatzleistungen. Ein weiterer Gesichtspunkt findet sich schließlich in der Entsch. Nr. 3040 (Amtl. Nachr. 1920, 267), die den Ausschluß der Ordnungsstrafen vom Gnadenrecht (des Landesherrn) damit begründet, daß dieses Rechte Dritter, „insbes. auch die mit der Straffestsetzung verbundenen Vermögensrechte der Versicherungsträger nicht berühren" könne.

Von diesen drei Gründen ist keiner beweiskräftig.

a) Was zunächst die angebliche Unvereinbarkeit des staatlichen Begnadigungsrechts mit der Autonomie der Versicherungsträger anlangte, so ist von dem Grundgedanken auszugehen, daß es im modernen Staat nur einen Träger der Strafgewalt gibt: den Staat selbst (vgl. dazu Schäfer, R.- u. PrVerwBl. 50, 741 ff.). Er kann ihre Ausübung staatlichen Organen übertragen; er kann sie öffentlich-rechtlichen Körperschaften übertragen, die dazu berufen sind, autonom an der Erfüllung von Staatsaufgaben mitzuwirken, ja, er kann die Übertragung sogar, wie dies gerade in neuester Zeit in weitem Umfange geschehen ist, zwecks zwangsweiser Durchsetzung von Leistungs- und Gehorsamspflichten, an deren Erfüllung das Gemeinwohl interessiert ist,

den. Für diese Ansicht spricht auch die Tatsache, daß es sich um ein Ausnahmegesetz handelt, das nach ständiger Rspr. eng ausgelegt werden muß.

Nicht anders ist die Frage nach der Anwendbarkeit des Ges. über die Gewährung von Straffreiheit v. 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769) zu entscheiden. Der nach diesem Gesetz gewährte Straferlaß ist zwar gegenüber dem oben angeführten Ges. v. 20. Dez. 1932 insoweit umfassender, als er nicht an die Voraussetzungen politischen Beweggrundes und wirtschaftlicher Not geknüpft ist. Er erstreckt sich aber ebenso wie das Ges. v. 20. Dez. 1932 und aus den im oben angeführten Bescheide 1533 (RVersANachr. 1910, 661) dargelegten Erwägungen nur auf kriminelle Strafen, nicht auch auf Ordnungsstrafen, mit denen die ordentlichen Strafgerichte auch nicht durch Rechtsmitteleinlegung befaßt werden (vgl. Krug, Das neue Straffreiheitsgesetz: DJZ. 1934, 1011 ff., bes. 1013 Abs. 2). Es ergibt sich das auch aus den §§ 9 und 10, nach denen über Erstreckung des Straferlasses auf Nebenfolgen, Milderung einer Gesamtstrafe und über Einstellung anhängiger Verfahren die Gerichte entscheiden.

(RVersA., Abt. f. Kranken- u. InvVers., Entsch. v. 24. Okt. 1934, II[1] 2445/34.) [K.]

---

an Stellen vornehmen, die, ohne selbst Bestandteile des Staatsapparates zu sein, dazu berufen sind, in mehr oder weniger enger Bindung an staatliche Weisungen bestimmte, die Allgemeinheit berührende Aufgaben wahrzunehmen. Es genügt, in diesem Zusammenhang z. B. auf die Ordnungsstrafgewalt hinzuweisen, die dem Vorstand des Verbandes der Dauermilcherzeuger nach § 6 Abs. 1 Ziff. 7 der „Satzung" zusteht (vgl. RGBl. 1933, I, 738 i. Verb. m. § 4 VO. v. 14. Okt. 1933: RGBl. I, 737) oder die dem Vorsitzenden der Hauptvereinigung der deutschen Zuckerwirtschaft auf Grund des § 19 der Satzung der Hauptvereinigung übertragen ist (vgl. RGBl. 1934, I, 1176). Weitere Beispiele: Ordnungsstrafgewalt des Vorsitzenden der Wirtschaftlichen Vereinigung der Kartoffelflockenhersteller (Satzung in RGBl. 1934, I, 1074), des Vorsitzenden des Getreidewirtschaftsverbandes gem. § 8 Abs. 2 Nr. 10 der Satzung (RGBl. 1934, I, 641), des Vorsitzenden der wirtschaftlichen Vereinigung der deutschen Obst- und Gemüseverwertungsindustrie gem. § 25 der Satzung (RGBl. 1934, I, 977). In allen diesen Fällen handelt es sich um die Ausübung staatlicher, d. h. aus der Staatshoheit fließender Strafgewalt. Selbst wenn man aber hinsichtlich der Ordnungsstrafen, die auf Grund der obrigkeitlich festgesetzten Satzung eines Zwangsverbandes verhängt werden, Zweifel haben könnte, so ist ein solcher Zweifel nicht erlaubt in Fällen wie dem vorliegenden, wo öffentlich-rechtlichen Körperschaften unmittelbar durch Gesetz Strafgewalt zur Verwirklichung von Aufgaben erteilt werden, deren Erfüllung im Rahmen der Aufgaben des Staates liegt. Wo immer aber der Staat die Ausübung der ihm zustehenden Strafgewalt anderen überläßt, begibt er sich seines obersten Hoheitsrechtes, des Rechtes, Gnade zu üben, nicht. Er kann naturgemäß auch die Ausübung dieses Rechtes anderen Stellen übertragen; hierzu bedarf es aber immer eines besonderen, ausdrücklichen Übertragungsaktes, und wo es an einem solchen fehlt, steht das Gnadenrecht dem Inhaber des staatlichen Begnadigungsrechtes zu (vgl. dazu jetzt § 8 ReichsstatthalterG. v. 30. Jan. 1935 [RGBl. I, 65] i. Verb. m. II 5 des Erlasses v. 1. Febr. 1935 [RGBl. I, 74]). Von einem Einbruch in die Autonomie der zur Ausübung der Strafgewalt berufenen Versicherungsträger kann also keine Rede sein, wenn auch bei den von ihm festgesetzten Strafen der Staat sich die Ausübung des Begnadigungsrechts vorbehalten hat; keine Autonomie reicht so weit, daß sie die Ausübung des vornehmsten Staatshoheitsrechtes hindern könnte.

b) Auch der fiskalische Gesichtspunkt, daß dem Versicherungsträger laufende Einnahmen entzogen werden, schlägt nicht durch. Daß es sich um reine Schadensersatzleistungen handele (die allerdings dem staatlichen Begnadigungsrecht entzogen wären, da es ja begrifflich nur Strafen einschl. der sonstigen strafrechtlichen Unrechtsfolgen der Tat zum Gegenstand hat), kann nicht behauptet werden; die Ordnungsstrafen sind vielmehr ihrer rechtlichen Natur nach ohne Frage Sühne für begangenes (nichtkriminelles) Unrecht und unterliegen deshalb in gleicher Weise wie die von staatlichen Behörden festgesetzten nichtkriminellen Ordnungsstrafen dem Begnadigungsrecht.

c) Schließlich könnte auch von einem Eingriff in fremde Vermögensrechte keine Rede sein. Allerdings entspricht es einem anerkannten Grundsatz des Gnadenrechts, daß es an Rechten Dritter seine Grenze findet (vgl. etwa Grau-Schäfer S. 59). Solche Rechte Dritter liegen aber — auch das ist in der Staatsverwaltungspraxis anerkannt (vgl. Grau-Schäfer S. 72) — nicht vor, wenn eine Geldstrafe nach gesetzlicher Vorschrift nicht in die Staatskasse, sondern in die einer anderen Stelle oder einer Privatperson fließt. Denn der Berechtigte hat in diesen Fällen nur Anspruch darauf, daß die freiwillig gezahlten oder beigetriebenen Geldstrafen an ihn abgeführt werden, nicht aber darauf, daß die Geldstrafe unter allen Umständen vollstreckt wurde.

OLGR. Dr. Schäfer, Berlin.

Reichspatentamt

Berichtet von den Oberregierungsräten Dr. Giese und Bindewald, Berlin.

[** Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen" abgedruckt.]

**** 1.** § 29 AusfVO.; § 3 Abs. 2 PatG. **Keine Einsicht des auf Grund von § 3 Abs. 2 PatG. Einsprechenden in die sonstigen Einsprüche.**

Nach ständiger Amtsübung kann ein Einsprechender Akteneinsicht nur insoweit beanspruchen, als diese zur sachgemäßen Durchführung seines Einspruchs erforderlich ist. Denn seine prozessuale Stellung beschränkt sich auf den Rahmen seines Einspruchsvorbringens. Es wird ihm daher grundsätzlich von dem Inhalt etwaiger sonstiger Einsprüche keine Mitteilung gemacht, da ihre Kenntnis der Erörterung seiner Ausführungen, die ausschließlich den mit ihm zu verhandelnden Streitstoff bilden, nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar dient (vgl. Damme-Lutter, Deutsches Patentrecht, 3. Aufl., 1925, S. 355/56). Ob und inwieweit ein Einsprechender in der Lage ist, sich außeramtlich von anderen Einsprüchen Kenntnis zu verschaffen, hat mit der Frage nichts zu tun, ob er einen berechtigten Anspruch auf diese Kenntnis hat.

Zu einer anderen Stellungnahme besteht, wie die Beschwerdeabteilung bereits in ihrer Entsch. v. 9. März 1917 (PatMustZeichBl. 1918, 10) ausführlich dargelegt hat, auch dann kein Grund, wenn der Einspruch des Antragstellers auf die Behauptung der widerrechtlichen Entnahme (§ 3 Abs. 2 PatG.) gestützt ist. Denn auch in diesem Falle geht das berechtigte Interesse des Einsprechenden an der Kenntnis der Erteilungsakten lediglich dahin, festzustellen, wie es zu dem Bekanntmachungsbeschlusse gekommen ist, um zu ermitteln, welcher Gegenstand die Grundlage des beantragten Patents bildet. Da der aus § 3 Abs. 2 PatG. Einsprechende nur subjektive Rechte geltend macht, die grundsätzlich die Bejahung der Schutzfähigkeit des Anmeldungsgegenstandes zur Voraussetzung haben, liegt es außerhalb des Kreises seines berechtigten Interesses, die Gründe kennenzulernen, die nach anderen Einsprüchen gegen die Patentfähigkeit sprechen. Daß er möglicherweise zur Widerlegung der anderen Einsprüche geeignetes Material besitzt, kann schon deshalb nicht zu einer anderen Beurteilung führen, weil diese bloße Möglichkeit nicht zur Grundlage einer RE. gemacht werden kann, die dem Antragsteller eine Kenntnis vermittelt, auf die er kein Anrecht hat. Denn wenn auch sein Interesse, ebenso wie das des Anmelders, auf die Bejahung der Schutzfähigkeit des Anmeldungsgegenstandes gerichtet ist, so will er doch den Anmelder nicht in der Erlangung des Schutzrechts unterstützen, sondern im Gegenteil ihm dieses zu seinen eigenen Gunsten entreißen; er ist also tatsächlich dessen Gegner und nicht dessen Gehilfe.

Die Gewährung der Einsicht in Einsprüche Dritter und damit der Stellungnahme zu diesen würde folgerichtig dazu führen, daß dem aus § 3 Abs. 2 PatG. Einsprechenden auch dann ein Beschwerderecht zustünde, wenn das Patent auf Grund des Einspruchvorbringens eines Dritten versagt worden ist. Dies würde aber damit in Widerspruch stehen, daß ein Einsprechender nach § 26 PatG. nur dann ein Beschwerderecht hat, wenn ein Patent gegen Einspruch erteilt wird, und daß der auf Grund widerrechtlicher Entnahme Einsprechende nach ständiger Rspr. des Amtes im Falle der Nichtpatentfähigkeit einer Anmeldung nicht berechtigt ist, eine Entsch. über seinen Einspruchsgrund zu verlangen (vgl. Entsch. der Beschwerdeabteilung v. 11. Jan. 1908: PatMustZeichBl. 1908, 132).

(RPatA., BeschwAbt., 13. Sen., Entsch. v. 7. Dez 1934, A 67283 II/63c B 341/34.) [Dr. G.]

II. Länder

Oberverwaltungsgerichte

Preußen

Preußisches Oberverwaltungsgericht

1. §§ 33, 35 PrGewStVO. i. d. Fass. v. 15. März 1927 (GS. 21); § 261 Abs. 1 RAbgO. n. F. v. 22. Mai 1931 (RGBl. I, 161). Gewerbesteuer. Zulässigkeit der Sprungberufung. **Die seit 1. April 1932 durch § 261 Abs. 1 RAbgO. zulässig gewordene Sprungberufung gilt auch für die Rechtsmittel gegenüber der staatlichen Gewerbesteuerveranlagung. Ein zulässigerweise eingelegter Einspruch kann in eine Ber. umgewandelt werden, solange die Einspruchsfrist noch nicht abgelaufen ist.**

Der praktische Arzt Dr. S. wurde für 1930 zur Gewerbeertragsteuer veranlagt. Hiergegen legte er durch Schriftsatz v. 30. Dez. 1930

(eingegangen 1. Jan. 1931) Einspruch ein. Durch weiteren Schriftsatz v. 7. April 1933 begründete er seinen Einspruch näher mit folgendem Hinzufügen:

„Sollte der GewStAussch. meinen vorstehenden Ausführungen nicht beizupflichten vermögen, so bitte ich, mit Bezug auf § 261 RAbgO. darin einzuwilligen, daß der Einspruch nunmehr als Ber. gelten soll."

Der Vors. des GewStAussch. übersandte die Vorgänge an den Vors. des BerAussch. mit dem Bemerken: Steuerpflichtiger habe beantragt, den vorl. Einspruch wegen grundsätzlicher Bedeutung der zur Entsch. stehenden Frage als Ber. gelten zu lassen; er, der Vors., seinerseits habe „gegen die antragsgemäße Behandlung des Rechtsmittels" Bedenken nicht zu erheben.

Der BerAussch. wies „die Sprungberufung gegen den Veranlagungsbescheid des GewStAussch." zurück.

Auf RBeschw. des Dr. S. hob das OVG. die Entsch. des BerAussch. auf.

Nach § 33 GewStVO. in der in diesem Punkte nicht veränderten Fass. v. 15. März 1927 (GS. 21) steht dem Steuerpflichtigen gegen den Veranlagungsbescheid der Einspruch an den GewStAussch. und gegen die Einspruchsentsch. die Ber. an den BerAussch. zu. Das Vorliegen einer Einspruchsentsch. bildet daher nach dieser Fassung eine notwendige Verfahrensvoraussetzung; ohne Einspruchsentsch. darf sich der BerAussch. mit der Nachprüfung des Rechtsmittels nicht befassen.

Der BerAussch. ist von der Annahme ausgegangen, daß es einer Einspruchsentsch. im vorl. Falle nicht bedürfe, weil Steuerpflichtiger „Sprungberufung" eingelegt habe. Beizutreten ist ihm insoweit, als die Zulässigkeit der im § 261 RAbgO. n. F. geregelten „Sprungberufung" auch gegenüber Steuerbescheiden, die bei der staatlichen Veranlagung der Gewerbesteuergrundbeträge ergehen, zu bejahen ist. Dies folgt ohne weiteres daraus, daß nach der ständigen Rspr. des OVG. die in der GewStVO. als entsprechend anwendbar erklärten Vorschr. der RAbgO. in ihrer jeweiligen Fassung anzuwenden sind. Zu den in § 35 GewStVO. ausdrücklich als entsprechend anwendbar bezeichneten Vorschr. der RAbgO. gehört auch der von der Ber. handelnde § 245 a. F. Dieser kannte noch keine Sprungberufung. Der § 245 a. F. ist aber durch die sog. 1. NotVO. des RPräs. v. 1. Dez. 1930 (Teil 3 Kap. IV Art. 1 Nr. 60 = RGBl. I, 517, 561) dahin abgeändert worden, daß der Steuerpflichtige statt des Einspruchs Ber. einlegen kann, wenn der Vorsteher des FinA. seine Einwilligung hierzu innerhalb der Rechtsmittelfrist erklärt (sog. Sprungberufung). Diese geänderte Vorschr. ist als § 261 in die Neufassung der RAbgO. vom 22. Mai 1931 (RGBl. I, 161) übergegangen. Durch die NotVO. des RPräs. v. 18. März 1933 Kap. VIII Art. 1 Ziff. 7 (RGBl. I, 109, 119) sind dann weiterhin im Abs. 1 Satz 1 dieses Paragraphen die Worte: „innerhalb der Rechtsmittelfrist" durch die Worte: „bis zum Ablauf eines Monats (von der Einlegung des Rechtsmittels ab gerechnet)" ersetzt worden, und zwar mit Wirkung vom 1. April 1933 ab.

Gegen die Anwendbarkeit des neuen § 261 läßt sich nicht etwa einwenden, daß in § 33 GewStVO. der Rechtsmittelweg gegen Veranlagungsbescheide im staatlichen Veranlagungsverfahren besonders geregelt sei und daher auch in der GewStVO. die §§ 217 und 218 RAbgO. a. F. (jetzt §§ 228, 229) nicht für anwendbar erklärt worden seien. Denn diese Regelung enthält keine Abweichung von dem in der RAbgO. „geregelten Berufungsverfahren"; sie ist vielmehr lediglich deshalb erfolgt, damit die zuständigen preußischen Rechtsmittelbehörden klarer herausgehoben werden. Die Rechtslage ist die gleiche, als wenn die §§ 217, 218 a. a. O. für entsprechend anwendbar erklärt worden wären. Jedenfalls erhält der vorgenannte § 33 GewStVO. erst durch die in den §§ 32, 35 GewStVO. für sinngemäß anwendbar erklärten Best. der RAbgO. seine notwendige Ergänzung.

Unterliegt es hiernach keinem Zweifel, daß der erwähnte § 261, der die Zulässigkeit der Sprungberufung vorsieht, auch für die GewStVO. sinngemäß Anwendung zu finden hat, so hat andererseits im vorl. Falle der BerAussch., wenn er die Anwendbarkeit der Sprungberufung bejahte, übersehen, daß § 261 RAbgO. n. F. erst am 1. April 1932 in Kraft getreten ist (vgl. Teil 3 Kap. I § 7 Nr. 3 NotVO. des RPräs. v. 1. Dez. 1930). Erst am 1. April 1932 erlangte also der Steuerpflichtige das Recht, statt des Einspruchs Sprungberufung einzulegen. Sein „Einspruch" ist jedoch bereits durch Schriftsatz vom 30. Dez. 1930 am 1. Jan. 1931 eingelegt worden, also lange Zeit vor Inkrafttreten des § 261 a. a. O. Damals bestand für den Steuerpflichtigen noch kein Recht auf Einlegung der Sprungberufung. Dieser Einspruch konnte also nur als ein solcher und nicht etwa als Sprungberufung behandelt werden.

Nun hat Steuerpflichtiger allerdings nach dem 1. April 1932, nämlich im Schriftsatz v. 7. April 1933 den Antrag gestellt, den Einspruch nunmehr gem. § 261 RAbgO. als Ber. gelten zu lassen. Hiermit hat sich der Vors. des GewStAussch. einverstanden erklärt. Eine solche Erklärung des Steuerpflichtigen könnte zwar die Wirkung einer von Anfang an eingelegten Sprungberufung haben; denn es ist belanglos, ob ein Steuerpflichtiger von vornherein Sprungberufung einlegt oder ob er zunächst Einspruch einlegt und sich erst später für die Sprungberufung entscheidet. Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß damals die Einspruchsfrist noch nicht abgelaufen war (vgl. RFH. 32, 137; 35, 157, 158). Nur solange die Einspruchsfrist lief, konnte Steuerpflichtiger seinen Einspruch in eine Sprungberufung umwandeln. Im vorl. Falle ist aber von keiner Seite geltend gemacht worden und nach der Aktenlage auch nicht anzunehmen, daß die Einspruchsfrist mit dem Zeitpunkt, wo Steuerpflichtiger den Schriftsatz v. 7. April 1933 einlegte, noch im Laufen war.

Nach alledem durfte der BerAussch. beim Fehlen einer Einspruchsentscheidung über die vom Steuerpflichtigen eingelegte Ber. nicht entscheiden. Wenn er gleichwohl entschied, so verletzte er eine Verfahrensvoraussetzung. Seine Entsch. unterlag daher der ersatzlosen Aufhebung.

(PrOVG., 8. Sen., Entsch. v. 30. Okt. 1934, VIII GSt 150/34.)

Ber. von SenPräs. von Kries, Berlin.

D. Ausländische Gerichte

Supreme Court of California

1. Die Frage, ob die 14. Ergänzungsverordnung zur Konstitution (14th Amendment) einen amerikanischen Bundesstaat hindert, Steuern von einer Erbschaft, welche aus innerhalb der Staatsgrenze befindlichen Aktien einer Körperschaft des gleichen Staates besteht und von einem nicht in den Vereinigten Staaten domizilierten Ausländer herrührt, zu erheben, wird vom höchsten kalifornischen Gericht verneint.

Die im wesentlichen auf einem Urt. des „United States Supreme Court", d. h. der höchsten amerikanischen Instanz, fußende Entsch. (es hatte sich hier um einen in Kuba verstorbenen englischen Staatsangehörigen gehandelt, welcher Wertpapiere einer ausländischen Gesellschaft hinterließ, die sich im Staate Neuyork befanden) gibt folgende Begr.:

„Die Entsch. im Prozeß Burnet v. Brooks und im Fall Estate of McCreery erfordert das genaue Auseinanderhalten einer Anzahl von Rechtstatbeständen, um zur richtigen Anwendung des leitenden Prinzips kommen zu können. Die Regel der „Steuerimmunität im Falle von mehr als einem Staate (rule of immunity by more than one state), welche sich aus der Anerkennung der Beziehungen zwischen den Staaten eines föderalistischen Staatenbundes entwickelte, begründet die Doktrin, daß dort, wo ein Bundesstaat das Domizil eines Steuerzahlers bildet, dieser Staat allein eine Eigentums- oder Erbschaftsteuer erheben darf. Wo der Steuerzahler hingegen nicht in den Vereinigten Staaten residiert, gestattet der Fall Burnet v. Brooks die Erhebung einer bundesstaatlichen Erbschaftsteuer. Der versteuerbare Gegenstand befindet sich in diesem Falle innerhalb der Vereinigten Staaten, entweder weil im Falle von Aktien einer Korporation die letztere sich in den Vereinigten Staaten befindet oder der Schuldner im Falle anderer Schuldverschreibungen oder schließlich die physische Evidenz der Urkunden sich darin befinden. Wo die Korporation eine inländische ist und die Anteilscheine sich physisch innerhalb des Staates befinden, erlaubt die Entsch. im Falle Estate of McCreery deshalb mit Recht eine staatliche Besteuerung. Falls nun die Korporation eine inländische wäre, die Anteilscheine sich jedoch außerhalb der Vereinigten Staaten befänden, würde auch die Entsch. im Fall ‚First National Bank v. Maine' kein Hindernis für eine Besteuerung durch den Staat, wo die Gesellschaft eingetragen ist, bedeuten. Ebenso sollte es kein Hindernis hierfür bedeuten, wenn die Korporation eine ausländische ist (Fall Baldwin v. Missouri), da ja die Rechtsgrundlage der ‚Gegenwart der Urkunden' gegeben ist. Nur wenn die Korporation in einem Bundesstaat der Vereinigten Staaten domiziliert ist, die physische Evidenz der Anteilscheine sich aber in einem anderen Bundesstaate befinden würde, so würde die gegen mehrfache Besteuerung gerichtete Rechtspolitik die Wahl einer einzigen staatlichen Steuerjurisdiktion notwendig machen..."

(Estate of McCreery, Entsch. d. Supreme Court of California, und Burnet v. Brooks, Entsch. d. United States Supreme Court, beide: California Law Review, Bd. XXIII, Nr. I v. Nov. 1934, S. 93—101.)

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — DA. IV. Vj. 34: 20875. Druckauflage dieses Heftes 21500.